GEORGII ADAMI STRUVII

JURIS CONSULTI

# JURISPRUDENTIA

## ROMANO-GERMANICO-FORENSIS

SUBJUNCTIS

JOAN. GOTTFRIED SCHAUMBURGII

ANTECESSORIS IN ACADEMIA JENENSI

## ANNOTATIONIBUS

IN QUIBUS NOBILISSIMA ARGUMENTA

JURISPRUDENTIAE GERMANICAE ET ROMANAE

AD PRINCIPIA GENUINA REVOCANTUR

NEC NON OBSERVATIONIBUS ET CONCLUSIONIBUS PRACTICIS

ILLUSTRANTUR

ACCEDUNT

LÜDERI MENCKENII JCTI

## ADDITIONES

ET

INDICES LOCUPLETISSIMI.

ET INIMICI JUVANT

*CUM PRIVILEGIIS.*

*Francofurti ad Mœnum,*

APUD FRANCISCUM VARRENTRAPP.

M DCC LX.

# PRAEFATIO
# STRUVIANA.

BENEVOLO LECTORI
S. D.

QUemadmodum omnes actiones ex fine suo æstimandæ veniunt: ita vel maxime æquus & candidus lector in libris censendis scopum, quem Auctor intendit, respiciet. Nimirum fuit animo constitutum, pingui Minerva solum colligere singulas ferme juris civilis materias ita, ut certa atque cuilibet materiæ conveniente methodo pleraque notentur ea, quæ in foro obtinent. Absit vero, quod ipsæ Justiniani nostri Institutiones manibus studiosorum excutiantur, ut potius has, brevi & perspicuo adhibito commentario, vel præmittendas, vel jungendas huic operi esse moneatur: cum ad supplendum id, quod Institutionibus illis deest, hic labor spectet.

NEQUE enim facile quis diffitebitur, ibi plurima esse prætermissa, quorum explicatio necesse est præcedat lectionem latiorum

Pandectarum, Codicis & Novellarum voluminum. Plurimorum quoque ſtudioſorum vel res anguſta domi, vel alia conditio non admittit, ut vaſtum juris oceanum emetiri poſſint.

Aliis vero, licet, ad ulteriora & altiora quippe tendentibus, in hujusmodi ſynopſi non ſubſiſtendum ſit, nihilominus proderit, ut perfecta compagine univerſam juris artem, juſto ordine cohærentem, mente ac memoria melius concipere atque recolere, nec non omnia ad certa capita revocare queant.

Exactius quidem pluribus locis hoc opus fuiſſet elaborandum, ſed propter alia negotia auctorem, uti confido, excuſatum habebis Vale!

# PRAEFATIO
# SCHAUMBURGIANA.

CUPIDAE LEGUM JUVENTUTI SIGILLATIM

CHARISSIMIS AUDITORIBUS SUIS SALUTEM

AUCTOR.

*Vos, optimi Comilitones, Auditores suavissimi, statim in fronte libelli compello. Vestri enim causa Annotationes ad STRUVII Jurisprudentiam Romano-Germanicam Forensem conscriptæ sunt. Sed & vestri causa, utque easdem ad usus vestris accommodetis, publici juris fiunt. Speroque ego, fore, ut hoc meum vestris commodis inserviendi studium, eo majori sinceritate excipiatis, quo purior ab omni fuco mea, in his annotationibus concinnandis, fuit intentio, & quo candidiores easdem Vobiscum communicandi, allegare possim causas, quas & ipsas sufficere credo, ut me ab omni vanæ gloriæ artificio excusent. Vos amatis STRUVIUM, Vos eum in civilis sapientiæ studio ducem eligitis, Vos omnem movetis lapidem, ut Jurisprudentiam STRUVIANAM in succum vertatis & sanguinem. Nec immerito. Nam STRUVIUS, vir quondam omnis juris tam publici quam privati peritissimus, dudum æternitatem nominis meruit, atque præclaris ingenii summi monumentis effecit, ut memoriam ejus sancte colerent omnes omnino, qui vel docendo vel discendo Jurisprudentiæ operam navant. STRUVIANA vero Jurisprudentia non eo solum momento, quo lucem prima vice aspexit, maximo optimo jure excepta est applausu, & digna habita ab omnibus, ut illis, qui Themidis sacrarium intrarent, prælegeretur & exponeretur, sed eadem ipsa quoque ad nostram usque ætatem iis, qui juris scientiam sectantur, adeo mirifice placuit, ut, vix credant, se posse felices in studio juris facere progressus, nisi prima totius legitimæ scientiæ principia ex Compendio STRUVIANO haurirent prius. Cumprimis, quod nullum Jurisprudentiæ argumen-*

*tum usu Practico conspicuum relinqueret intactum, nullum aggrederetur, quin exquisitissimis praeceptis ejus summam exhauriret; nullum ad principia revocaret, quin simul tanta perspicuitate donaret, ut intelligi posset ab omnibus. Quo ipso laudatum compendium ad eum felicitatis sese evexit fastigium, ut, quod reliquis Compendiis accidere vix solet, per se tale extet, quod omnes adpetant; quodque nostra adbuc aetate inter hominum manus versetur. Quod igitur alii Juris Doctores & discipuli gloriae sibi ducunt, ut, praeter venerationem, quam* STRUVIANO *nomini se debere intelligunt, scriptorum ejus memoriam conservent, &, ne* STRUVIANA *Jurisprudentia e manibus extorqueatur, sigillatim caveant, id & mihi committendum, adeoque eo allaborandum putavi, ut meum suffragium eorum judicio adscriberetur. Praesertim, cum jussu Serenissimorum Ducum Saxoniae banc juris partem mihi mandatam sentiam, ut Vobis, suavissimi Commilitones, prima Jurisprudentiae nostrae elementa explicarem, & rationem, difficultates in studio juris obvias vincendi, exponerem. Qua parte negare non possum, me animum intendere praeprimis, ut civilis sapientia Vobis res potius judicii, quam memoriae videatur, & praecavere sedulo, ne ex farragine conclusionum saepe vix cohaerentium jus nostrum aestimetis, sed potius ex genuinis principiis, quae sit legum efficacia, quidve Jurisprudentia ad fontes revocata cum jucundi, tum utilis, spondeat, cognoscatis. Hac vero ratione expertus sum, esse quaedam, quae ad* STRUVII *Jurisprudentiam, quam explicare soleo, annotari eo nomine merentur. Sed expertus etiam sum, multum temporis impendendum esse, si, quae memoriae mandanda erant, in calamum dictarem. Malui igitur, ob temporis lucrum, ut annotationes typis chartae imprimerentur, ea quidem ratione, ut duplex vobis oriretur emolumentum, alterum, ut tempori parceremus, alterum, ut ex perpetua* STRUVIANAE *Jurisprudentiae cum observationibus meis collatione nibil vobis incognitum maneret, quod ad Jurisprudentiae nostrae vel dignitatem vel amplitudinem vel illustrationem vel applicationem in foro pertinere videretur. Atque inde praesens libellus est enatus. In quo, quid ego praestiterim, ipsi dispiciatis. Alios, qui alienis laboribus invident, nec tamen ipsi ad Jurisprudentiam quicquam conferunt, non moror. Vobis enim, quicquid boc scriptionis est, consecratum esse cupio. Vos igitur uti bis, Vestroque favore me complecti non dedignemini, qui totus in eo sum, ut Vestris inserviam commodis, idque agam sedulo, ut vestri in me affectus Vos nunquam poeniteat.*

PRAE-

# PRAEFATIO MENCKENIANA.

LECTORI BENEVOLO SALUTEM DICIT AUCTOR ADDITIONUM.

Cum in lucem publicam sua emittentibus nec censor accuratus, nec calumniator iniquus desit, miraberis forte, cur loqui quam silere maluerim; inprimis quia Digestorum Compendia hodie non Scriptoribus, sed Lectoribus destituuntur, eademque non tam rebus, quam vocabulis novis plerumque exornantur. Dicam ingenue mei instituti rationem. Juris Prudentia, quam vides, STRUVIANA suos invenit amatores, quod non tantum prela toties repetita, sed etiam publica & privata Laudatorum Virorum judicia docent; quorum vota eo tendere visa sunt; ut Digestorum Tituli, hactenus omissi, methodo simili adderentur, quo Pandectarum Volumen universum, usu Fori illustratum, per sua principia brevi temporis impendio legi relegique posset, quod ipsum quoque justa adolescentum optimæ indolis desideria testabuntur. Unde Magnificus Auctor, amplissimo Consiliarii intimi, Præsidis Regimi-

nis

nis & ordinarii munere honoratus & oneratus, hunc libellum sua opera per temporis angustiam suppleri non posse prævidit, eamque spartam mihi, forte indigno & impari, demandavit. Tanti Viri voluntas mihi pro imperio fuit, hinc brevia, quæ benignis manibus Tuis offero, Additamenta eodem ordine conscripsi. Laudem nullam ex hac opella vel spero vel meror, æquum autem Benevoli Lectoris judicium loco præmii exopto, expectoque. Insitata brevissimo, usitata laxiori stylo proposui, Jure Saxonico subinde adducto, & crassam Antiquitatis ignorantiam exosus & cum Aristippo apud Laertium adolescentibus discenda esse, quæ Viris usui futura sunt, ratus, Censores sine populi suffragio tales, Lynceos in alienis, in propriis Tyresias nihil moror: his enim placere terminos humanæ felicitatis excedit.

Cæterum Tuam, benevole Lector, testaturus benevolentiam, quam benignissime hæc qualiacunque interpretare, easdemque partes Tibi creditas esse puta, quas in pilæ lusu exprimit Lipsius; dum alterius est, inquit, commode mittere, alterius, si quid erratum est, quam bellissime excipere & arte corrigere.

Vale.

MONI-

## MONITUM
# BIBLIOPOLAE.

QUantum STRUVIUS noster, vir cujuscunque juris consultissimus, omni ætate quam maxime colendus, per suam Jurisprudentiam, quæ hic novo prelo novaque forma in lucem prodiit, docentium æque ac discentium approbationem gloriamque nactus sit, cum in illa non solum juris, ut ajunt, civilis seu romani principia in compendium redegerit, sed etiam hæc ad nostra jura germanica applicaverit, & sic utraque tam facili negotio quam felicissimo studio cònjungenda, addiscenda, applicandaque hujus ætatis studiosæ juventuti ansam dederit, tantam ac vix minorem consecutus est SCHAUMBURGIUS æque noster suis Annotationibus, quibus illam jam commemoratam Jurisprudentiam loco earum in collegiis ad calamum dictitandarum ac sic litteris memoriæque tradi consuetarum, jucundissime ac utilissime illustrandam suscepit, & sic elegantissima opera acutissimoque ingenio non solum nostram, sed etiam veterem juris cognitionem ad fontes ac principia philosophiæ rationisque revocare, & ad facta resque in foro occurrentes quam felicissime applicandam docere allaboravit & consummavit.

HIC applausus, hocque desiderium, principia & applicationem jurium in foris nostris hoc ævo usitatorum, ex calamo & opera horum utrorumque illustrium virorum percipiendi me commovit, & illius Jurisprudentiam, & hujus Annotationes, antea seorsim editas, hisce paginis conjunctim edendi, ut sic quisque

illorum doctrinæ ac manuductionis cupidus non opus habeat, desultorio quasi labore, jam hunc, jam illum evolvendi, sed in una pagina unoque conspectu & STRUVIUM & SCHAUMBURGIUM de unaquaque materia seu quocunque juris præcepto & consulendi & legendi & discendi.

HAUD parum ad eandem rem facient MENCKENII Additiones in fine hujus operis pro more hucusque consueto adjectæ tam in eo, quod ex antiquitatibus romanis ad illustrationem juris civilis cognitu necesse est, tam in quibusdam materiis practicis a STRUVIO omissis præsertim de muneribus aliisque rebus ad civitatem pertinentibus, de concursu & collocatione creditorum, de postulando, de tortura, multisque aliis lectu ac cognitione dignissimis, ut sic legum studiosi in hoc opere congesto absolutissimum juris compendium brevissimis verbis præ se habeant. Francofurti ad Mœnum Mense Martio MDCCLX.

# ELENCHUS

## LIBRORUM AC TITULORUM.

## LIBER I.

### DE JURE PERSONARUM.



## LIBER II.

### DE JURE RERUM IN GENERE, ET IN SPECIE DE JURE IN RE, SEU DOMINIO LATE DICTO.

# LIBER III.

## DE JURE AD REM ET OBLIGATIONE.



# LIBER IV.

## DE RATIONE ET MODO JUS SUUM PERSEQUENDI IN JUDICIO.



JURIS-

# JURISPRUDENTIAE
## ROMANO-GERMANICAE FORENSIS
# LIBER I
## DE JURISPRUDENTIA ET JURE IN GENERE
### AC IN SPECIE
## DE JURE PERSONARUM.

### TITULUS I.
### DE JURISPRUDENTIA EJUSQUE FINE JUSTITIA.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Jurisprudentiæ definitio.* II. *Finis.* III. *Justitiæ definitio.* L. 1. ff. t. 1. de just. & jur. IV. *Divisio in universalem,* V. *& particularem.* VI. *Quæ duplex.* VII. *Distributiva,* VIII. *& Commutativa.* IX. *Circumstantiæ bene considerandæ.* X. *Et cumprimis an ex proposito seu dolo, an culpa, an casu quid contigerit.*

### APHORISMUS I.

JURISPRUDENTIA, secundum ULPIANUM, est divinarum atque humanarum [a] rerum notitia, justi atque injusti scientia *l.* 10. §. 2. *de just. & jur.*

### ANNOTATIONES SCHAUMBURGIANAE.

a) MIRE se torquent Doctores, ut veram divinent causam, quæ JCtum moverit, ut rerum divinarum in definitione faceret mentionem. Ast nodum in scirpo quærunt. Arctissimus enim ille, qui Juris artem inter & Doctrinam Moralem semper adfuit nexus, exorta semel inter Justitiæ & Sapientiæ sacerdotes invidia & æmulatione, cum præsertim, postquam Philosophi vitam agere cœperant, a virtutis via longe aberrantem, producebat effectum, ut justam Juris Consulti habere crederent causam, cur meliori jure eandem, quam de præceptis suis spera-

h. e. Est prudentia, jus ad actiones, *circa divinas*[b] *& humanas res* in civili societate obvenientes, applicandi, ut æquum ab iniquo separetur, licitum ab illicito discernatur. *l.* 1. §. 1. *de just. & jur.* Vel juxta eundem ULPIANUM: Jus (seu disciplina, doctrina juris) est ars boni & æqui *l.* 1. *pr. eod.*

II. FINIS hujus prudentiæ in eo consistit, ut justitia in actionibus hominum, quæ in civili societate obveniunt, observetur, & istæ actiones secundum normam legum & jurium dirigantur[c]. *l.* 1. §. 1. *v. justitiam*, *de just. & jur.*

III. JUSTITIA in genere est habitus, quo ad agendum justa homines sunt idonei, & ex quo justa agunt, voluntque. ARIST. *V. Eth.* 1.

IV. DISTINGUI hæc solet in justitiam universalem & particularem. Illa comprehendit in se omnes virtutes alias, quando nimirum homo virtutibus secundum leges incumbit, eum in finem, ut in societate civili bene ac feliciter cum aliis vivatur, & Respublica sit beata. vid. ARIST. *d. V. Eth.* 3.

bant Philosophi, Jurisprudentiæ vim tribuerent; eaque ad suam transferrent artem, quæ Philosophorum propria erant. Assumto itaque generali Principio, quod veram, non simulatam profiterentur Philosophiam *L. I.* §. 1. *D. de Justit. & Jur.* facilis ad alia erat progressus. Igitur I) Philosophiæ definitio applicanda erat ad Jurisprudentiam, ceu ex collatione *L. X. D. de Justit. & Jur.* cum loco CICERONIS *Lib. II. de offic.* & SENECAE *Epist. LXXXIX.* apparet, ne plus illi, quam huic inesse videretur. II) Finis Philosophiæ, cum esset virtus, Justitiæ etiam, quam finem Jurisprudentiæ vendirant, definitio ita erat concipienda, ut appareret, eam, qua virtutem, in mente esse collocandam, vi *d. L. X. eod.* III) In varias porro cum virtus abiret species, quæ omnes tamen ad caput justi, honesti & decori revocari possent, tribus præceptis juris, quæ Stoicorum virtutes cardinales indicarent, in *d. L. X.* opus videbatur. Confer. THOMASII *Not. ad Institut. eod.* Inde IV) causa non est e longinquo arcessenda, cur jus boni & æqui ars nominetur in *L. I. Eod.* ut nempe dubium non esset, quin leges officia humanitatis, & æquitatem naturalem non impedirent, sed adjuvarent. Et quis ibit inficias, quod V) ex eadem ratione legis definitio ex CHRYSIPPI commentariis in *L. II. D. de Legib.* migraverit. Plura vide in EVERARDI OTTONIS *Orat. de vera non simulat. JCtor. Philosophia, & Programm. nostr. de ficto JCtor. Veter. duplici officio.*

*b*) AB isto itaque veterum JCtorum instituto, si discedamus, remque ipsam spectemus, divinas res, quatenus exterius sese exerunt, legis objectum esse posse & debere, palam est. Nunquam enim salva majestate ab officio summi Imperantis avelli potest Jus circa sacra. Id enim cum absolvatur I) jure publice doctrinam approbandi, & formulam præscribendi, secundum quam publice doceatur, II) jure erigendi scholas, in quibus cives tempestive veros de Deo conceptus addiscant, III) jure externum cultum ordinandi; quis dubitat, quin ea omnia fiant Reipublicæ causa. Ut igitur graviter errant, qui ea jure magistratus competere negant, & duplicem Principi personam, alteram Principis, alteram Episcopi, affingunt, castigati eo nomine ab HERTIO *in Diss. de superior. territ.* §. *XIII.* & BOEHMERO *in Jur. Eccles. Protest. Lib. I. tit. XXXI.* §. *XLI. sqq.* ita certo certius est, quod jus sacrorum Principi competat, ut tali, solitarie & independenter. Imo illud ipsum jus disertis verbis a superioritate territoriali derivat *Instrum. Pacis Westphalic. art. V.*

*c*) HAUD itaque is legum est finis, ut subditi virtuosi fiant, sed hoc legislatori jam sufficit, si legibus conformationem actionum externam ad normam præscriptam efficiat, utut subditos spes præmii vel metus pœnæ ad hoc obsequium proclives faciat. Inde patet 1) Frustra leges præscribi intellectui, quippe qui omnis coactionis est impatiens. NOODTIUS *de religione ab imperio gentium libera.* 2) Legis objectum eas solum actiones esse, quæ nostri sunt arbitrii. 3) Non esse necesse, ut lex ratiociniis muniatur. SENECA *Epist XCV.* 4) Ea tamen legislatorem adhibere debere media, sine quibus finem consequi nequit, ideoque præmiis ornare bonos, pœnis coercere malos cives *L. I.* §. *II. D. de Justit. & Jur.*

V. Justitia particularis, definiente Ulpiano in *l.* 10. *de just. & jur.* est constans & perpetua voluntas[d] suum cuique tribuendi, h.e. Justitia est habitus voluntatis, seu virtus moralis, servandi æqualitatem inter plus & minus, in iis, quæ alteri in societate civili tribuenda & irroganda. vid. Arist. *V. Eth.* 4. *&* 9.

VI. Quoniam vero ea, in quibus damnum alteri inferri potest, ita se habent, ut vel cives, quatenus tales, seu quatenus considerantur ut cives unius Reipublicæ, concernant: vel propria sint, & ad cives tanquam singulos, peculiariter spectent: ideo duæ species justitiæ particularis constituuntur; nimirum distributiva & correctoria seu commutativa[e].

VII. Justitia distributiva est, qua illa, quæ civibus in societate civili communia sunt, ut honores, munera & onera ipsis secundum cujusque qualitatem & conditionem deferuntur, ita, ut secundum proportionem Geometricam seu respectivam æqualitas inter eos observetur.

VIII. Justitia commutativa seu correctoria est, quæ æqualitatem servat in iis, quæ ad cives singulos peculiariter in societate civili spectant, nimirum quoad personas & res civium proprias, & in contractibus inter cives celebratis, de rebus singulorum; nec non in pœnis ob delicta infligendis, vel etiam damnis resarciendis. vid. Arist. *V. Ethic.* 4.

IX. Ut vero justitia in actionibus hominum rite observetur, & justum ab injusto bene discernatur, in genere sciendum est, quod qualibet actione, & quolibet obveniente casu, circumstantiæ diligenter sint considerandæ[f]. *l.* 52. §. 2. *ad L. Aquil. l.* 1. §. 3. *ad L. Cornel. de Sicar. l.* 13. *C. de Transact.*

## Additiones Menckenianae *Lib. I Tit. I. & II.*

*d*) Et sic certe patet, Ulpianum cogitare justitiam internam, quatenus in virtutis habitu consistit. Ipsa enim virtus ex suffragio eorum, qui Stoicam Philosophiam sectantur, constans & perpetua vitæ ratio est, atque sic felicitas non in usu, sed possessione virtutis est, non in actione, sed habitu, quod ex Stoicorum placitis cum Ulpiani definitione collatis probat Boehmer *Programm. de Philosophia JCtor. Stoic.* Compara Gottlieb Slevogtii *Collection. Opuscul. de Sectis & Philosophia JCtorum.*

*e*) Tam varia ratione JCti justitiam distinguere cœperunt, ita a Scholasticis edocti. Sed præter necessitatem, & nullo Jurisprudentiæ emolumento. Nec Grotius rem conficit, distinctione in Justitiam Expletricem & Attributricem, in istarum locum substituta. Quæ enim jure imperfecto debentur, non sunt objectum Jurisprudentiæ. Hæc meum & tuum respicit, & in iis versatur, quæ jure perfecto ab aliis exigere possum. Non itaque honorum præmiorumque distributio, non onerum impositio per se ad JCtum spectat, sed eatenus solum ejus officium ingreditur, quatenus lex de iis disponit. Quod si vero lex eorum intuitu aliquid determinat, legem præcise sequi debemus, nec ulla licita est prosopolipsia, nisi quam lege permittente exercere possumus, vid. Franckensteinii *Dissert. de prosopolipsia in Jur. licita.* Imo hæc ipsa etiam in pœnis infligendis cessat, nisi lex hoc disertis verbis JCto indulgeat, ut justum & probabile arbitrium sequi possit. Quo ipso, cum JCtus nunquam mitior aut durior lege esse possit, omnis justitiæ distinctio, quatenus ad Jurisprudentiam applicatur, cum ipsa proportione Geometrica & Arithmetica corruit. vid. Leyseri *Spec. I. med.* 3.

*f*) Imo requiritur, ut legem primo intelligamus, nec verbis inhæreamus, sed vim potius & efficaciam perscrutemur. *L. XVII. D. de Legib.* Cui fini inservit Interpretatio, de qua infra. Postea, si legis sensum nullæ amplius circumdent tenebræ, actio ipsa, de qua jam quæritur, est examinanda, atque ex circumstantiis, quæ illam præcedunt, concomitantur, & sequuntur, judicandum, an & quatenus legi subsit. Quod vocatur Applicatio. Atque

X. COMPRIMIS vero attendendum est, an ex proposito, vel saltem sponte, patiente & volente; an vero ex negligentia, culpa & errore quid contigerit vel admissum sit; an vero casu fortuito, quem hominum diligentia avertere nequit, quid evenerit. Qua de re inferius in materia contractuum & delictorum uberius agendum.

## TITULUS II. DE JURE IN GENERE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Juris in genere descriptio.* II. *Divisio in publicum & privatum.* III. *In naturale.* IV. *Cui similes sunt inclinationes naturales brutorum.* V. *Quæ tolli nequeunt.* VI. *In Gentium.* VII. *Distinctio juris gentium.* VIII. *Juris civilis seu positivi descriptio.* IX. *Ejus divis. Juris scripti definis.* X. *In statu populari Romano aliud civile stricte dictum. Aliud prætorium.* XI. *In statu Monarchico accessis constitutio Principis* L. 1. ff. t. 4. de Constit. Principum. XII. *Consuetudinis descriptio.* L. 1. ff. t. 3. de Legibus Senatusque Consultis & longa Consuetudine. XIII. *Requisita.* XIV *Probatio.* XV. *Jura in imperio nostro vigentia.* XVI. *Statuta civitatum. Opificum.* XVII. *Quæ jura probe cognoscenda, & ad factum singulare prudenter applicanda.* XVIII. *Juxta æquitatem.* XIX. *Et modos interpretandi.* XX. *Nec non usum seu observantiam.* XXI. *Jus vel personas earumve statum attinet, vel res. Utriusque tractanda cognitio & perfectio.*

I. JUS[g] est regula seu ordinatio & principium a superiori præscriptum, secundum quod actiones hominum instituendæ, ut sint justæ; vel secundum quod actionum bonitas & malitia, æquitas & iniquitas æstimatur.

II. DIVIDITUR jus in publicum & privatum. *l. 1. §. 2. de just. & jur.* Illud

hæ sunt partes Jurisprudentiæ, sororio quasi vinculo ita junctæ, ut, qui alteram negliget, nomen & dignitatem JCti vix tueri possit. Unde, qui leges solum scit, Legulejus, qui vim & efficaciam earum tenet, Jurisperitus, qui soli actui litigandi tempus dedicat, nec tamen legum sensum curat, Rabula jure meritoque vocatur.

g) CUJUS variam significationem exhibet *L. XI. sq. D. de Just. & Jur.* Hic pro lege sumitur, utut proprie complexus omnium legum jus dicatur. Liceat autem definitionem Auctoris ita supplere, quod LEX sit jussus superioris post publicationem rite peractam subditos ad obsequium obligans, quo appareat I) Legem differre a pacto & consilio. Id consensum præsupponit, hoc rationibus stabiliendum est, nec obligat. HOBBES, *de Cive Cap. XIV. §. I. sq.* THOMASII *Fundam. Jur. Nat. & Gent. Lib. I. c. V.* II) Superiori & pari legem non præscribi, sed obligationem imponi, interveniente pacto, quare leges fundamentales proprie non sunt leges. III) Leges non obligare, nisi eos, qui superioris imperium venerantur. Nil tamen interest, utrum qualitatem subjectitiam expresse receperint, an ad tempus in Republica commorentur. Nam & qui contrahunt, testantur, succedunt, & delinquunt, leges nostras sequuntur. IV) Non itaque obligare legem ipsum superiorem *L. XXXI. D. de Legib.* Et licet ipsi integrum sit, iis se sponte subjicere, quod Romanos Legislatores fecisse nonnunquam ex *§. VIII. J. quib. mod. testam. infirm.* constat, inde tamen regula desumi nequit, quod Principum negotia privata semper æstimanda sint ex jure privato. V) Legem rite non promulgatam non obligare, imo VI) ne existentiam ejus quidem præsumi. Unde, qui in privilegio vel consuetudine se fundat, eam & allegare & probare debet. VII) Obligare tamen statim post publicationem, nisi Princeps spatium intermedium concesserit. Terminus enim duorum mensium in NOVELL. *LXVI. cap. I.* non est universalis, ut ex NOVELL. *LVIII. & CXVI. c. XXXII. de Prabend. in 6to* apparet. VIII) Legem solum obligare in futurum, non in præteritum *L. VII. C. de Legib.* nisi Princeps aliud expresse velit. IX) Omnem legem imponere præcisam necessitatem aliquid faciendi vel omittendi, quod olim nostri arbitrii erat, atque sic X) nullam legem esse absque obligatione. Utut enim de lege permittente dubitant, an obliget, cum facultatem solum concedat, aliquid faciendi, TITIUS *ad Pufend. de Offic. hom. &*

concernit statum Reipublicæ [h] hoc vero dirigit actiones civium privatas, ut sint juri & justitiæ conformes. §. *ult. I. de just. & jur.* de quo posteriori hic agimus.

III. PORRO dividitur jus in naturale, gentium & civile *dict. text.* Jus naturale est, quod Deus cuilibet homini indidit, ut juxta dictamen rationis [i] sciat, quid honestum & faciendum sit, quidve turpe & omittendum. v. g. Deum colere & timere, honeste vivere, parentes venerari, neminem lædere, suum cuique tribuere, vim vi repellere.

IV. HUIC naturali juri quodammodo similes sunt naturales istæ inclinationes, quæ etiam in brutis animalibus reperiuntur, ut maris & fœminæ conjunctio, prolis procreatio & educatio, quo spectat definitio ULPIANI [k] *l. 1. §. 3. ff. d. I & I.*

V. ATQUE hæc naturalia & quasi innata jura tolli vel mutari nequeunt, §. *pen. I. de I. N. G. & C.*

VI. JUS gentium est, quod communiter homines ex ratione, propter communem necessitatem ac utilitatem, in societate civili agendum esse, colligunt [l]. §. 1. & 2. *I. de I. N. G. & C. l. 9. ff. de just. & jur.*

*ciu*, certo tamen certius est, eam non subditos solum obligare, ne alium in exercitio juris permissivi turbent, sed & eum ipsum, in cujus favorem est concessum, obligare, ne exercitium juris ultra permissum extendat. Et sic cum abusus, tum contraventio juris permissivi amissionem operatur.

*h*) IDQUE cum nexum Imperantium & subditorum determinet, atque, quæ jura Imperanti privative concessa, quæ denegata, & quæ non nisi præscitu & consensu Statuum expedienda, extra controversiam ponat, non nisi ex Legibus fundamentalibus, quæ Reipublicæ propriæ sunt, neutiquam vero ex peregrinis legibus, quippe quæ citra ineptitudinem vix applicari possunt, addiscendum est.

*i*) HOC principium cognoscendi voluntatem divinam universale, omnibus hominibus commune & perpetuum est. Quare I) nullus homo ab obligatione Juris Naturalis est exemtus, II) ejus obligatio est perpetua, nec III) a Legislatore humano tolli potest, imo IV) quousque homines rationales erunt, respectu ipsius Dei, immutabile & indispensabile est. THOMASIUS *Jurispr. Div. Lib. I. c. II. §. XCVIII. sqq.* Quia vero Deus, legem hanc cordibus inscribendo, ad homines solum, qua homines, non qua cives respexerit, ipsumque ideo jus Naturæ meris propositionibus universalibus absolvatur, humano legislatori facultas non est ademta, has propositiones pro varietate Rerumpublicarum diversimode applicandi, hoc solum temperamento adhibito, ne obligationem Juris Naturalis plane tollat. vid. WERLH[illegible]II *Differt. de potestat. Legislat. human. circa ea, quæ sunt Juris Natur.* Quodsi itaque Leges divinas Judæis latas, sive Politicas, siv[illegible]clesiasticas, spectes, alia dicenda erunt. In his enim condendis, cum Deus peculiarem Rempublicam respexerit, facile patet, nullam eis inesse obligationem, [illegible] Legislator homo recedere non possit. In[illegible]tionem de revocandis his legibus in Respub[illegible] Christianorum tamdiu otiosam judico, quamdiu id non egerunt Principes Christiani, ut suæ Respublicæ ad formam Reipublicæ Judaicæ componerentur.

*k*) IMO non spectat. Sed desumta potius est ex principiis Philosophiæ Stoicæ, quam JCti plerique, ne dicam omnes, amplectebantur. Omnes enim animas ex anima mundi cum derivarent Stoici, ut bestiis quoque rationem practicam tribuerent, & eas sub obligatione Juris Naturalis comprehenderent, necesse erat, vid. MERILLII *Lib. I. Obs. XI.* Verum cum bestiæ nesciant, quid agant, &, quicquid agunt, ex necessitate agant, nulla legis obligatio in bruta cadere potest.

*l*) PARUM sibi constare videtur Justinianus in definitione Juris Gentium. Quod enim antea in §. *II. J. de Jur. Natur. Gent. & Civil.* ex naturali ratione deduxerat, id mox §. *III. Eod.* juribus civilibus haud obscure annumerat. Certo vero certius est Jus Gentium speciem Juris humani esse non posse, cum gens genti ob deficiens Imperii & subjectionis vinculum legem cum effectu præscribere nequeat. Necesse itaque est, ut, quia tertium non datur, sit species Juris Na-

VII. Hoc commune gentium jus vel 1.) concernit singulos homines quoad eorum personas & res seu bona: & adscribuntur huic distinctio dominiorum, contractus, constitutio Magistratuum & judiciorum *l.* 4. *& 5. de I. & I.* vel 2.) concernit gentes inter se consideratas, & illos, qui uni genti sunt addicti, ratione alterius gentis: quo pertinent jura commerciorum inter gentes, transitus per terras alterius gentis. Similiter etiam eo spectant belli jura. Cum enim istæ diversæ gentes communem judicem in terris non habeant, per bella damna & injuriæ vindicantur, vel etiam vis & injuria avertitur: unde victori cedunt personæ & bona devictorum *d. l.* 4. *& 5.*

VIII. Jus denique civile seu positivum est, quod majestas peculariter ad Reipublicæ, cui præest, commodum & salutem [m] constituit & promulgat, ut secundum istud actiones suas subditi instituant. *l.* 9. *de just. & jur.* §. 1. *& 2. I. de I. N. G. & C.*

IX. Hoc civile jus dividitur in jus scriptum & consuetudinem. Illud est, quod Majestas per expressas sanctiones subditis præscribit. *l.* 9. *C. de LL.*

X. Apud Romanos in politia seu statu populari aliud erat jus civile stricte dictum; aliud honorarium seu prætorium. Illud ex legibus, plebiscitis, Senatus Consultis, & autoritate prudentum constat, vid. §. 3. *& 4. I. d. I. N. G. & C. l.* 7. *pr. de I. & I.* Hoc ex edictis Prætorum [n] & Ædilium curulium venit. *vid. l.* 7. *d. tit.*

XI. Illi *sc. juri civili stricte dicto* accessit in Statu Monarchico Constitutio Principis [o]. Additiones Menckenianae *Lib. I. Tit III.*

turalis, atque huic non contradistinctum, sed subordinatum, id est, ipsum Jus Naturæ actionibus gentium accommodatum, Thomasius *Jurisprud. Divin. Lib. I. cap. II. §. CII. sqq.*

*m*) Inde I) tot dantur jura humana, quot sunt Respublicæ. II) Periculosum semper est, Juri unius Rripublicæ in altera Republica obligationem concedere, idque Romanos suo damno didicisse, postquam leges Græcorum suas fecerant, jam Phavorinus Philosophus apud Gellium *Noct. Attic. Lib.* XX. *c. I.* & postea Thomasius *in Nævis Jurispr. Ante Justin. & Dissertat. annexa* loquitur, Grrmanos vero jurium peregrinorum receptionem dolere, experientia docet. III) Jure peregrino recepto ejus tamen obligatio ulterius extendi nequit, quam quatenus status Reipublicæ permittit, & sic IV) derisiones, quæ in rationibus peculiaribus se fundant, quas Respublica, quæ leges rrcepit, ignorat, inepte applicantur.

*n*) Quibus Prætores, quibus vetitum erat, ne leges novas ferrent, id efficere conabantur, ut legum vigorem artificioso quodam prætextu absque violentia enervarent. In subsidium itaque vocabant æquitatem naturalem eaque muniti, fictionibus, exceptionibus, novis nominibus, & restitutionibus in integrum legibus civilibus callide derogabant. vid Heineccii *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. II. §. XXIV.*

*o*) Quae generalis erat & specialis. Ad generales pertinebat Rescriptum, quod ad instantiam unius partis emittebatur, Decretum, quod fiebat prævia causæ cognitione, cujus exemplum est in *L. III. D. de his, quæ in testam. delent.* & Edictum, quod motu proprio Principis fiebat. In effectu vero, si obligationem spectes, nulla olim hic erat diffrrentia. *L. ult. C. de constitut. Princip.* Sed hodie Edictum solum, quod omnibus subditis, & Mandatum, quod certis personis, vel cuidam civium ordini aliquid perpetuo expediendum injungit, legis vigorem habet. Decretum enim vim sententiæ solum habet, & jus facit inter partes, nisi, si Princeps super puncto juris dubio cognoverit, hoc decretum per solennem publicationem cum omnibus subditis communicetur. Rescriptum ne inter partes quidem jus facit, nisi sit decisivum, quamvis tum decretum magis, quam Rescriptum sit. Specialis constitutio ad certam solum personam dirigitur, & privilegium audit, legibusque expresse annumeratur in §. *VI. J. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* & *L. I. §. II. D. de Constitut. Princip.* Ut autem huic argumento, miris Doctorum dissensionibus fere obscurato, fiat satis, hanc præstat præsupponere definitionem, quod Privilegium sit *lex permissiva, certæ personæ vel rei intuitu aliquid contra jus commune statuens.* Verum & hoe

XII. Consuetudo est jus subditorum usu introductum, tacitoque summae potestatis consensu approbatum §. 11. *I. de I. N. G. & C. l.* 32. §. 1. *de LL.*

XIII. Requiruntur igitur ad consuetudinem 1.) actus plures apti, ut ex illis ita celebratis fiat jus. *l.* 1. & 2. *C. quae sit long. consu.* 2.) approbatio tacita summae potestatis *d. l.* 32. *de LL.* Communiter haec requisita ita recenseri solent, ut desideretur 1.) rationalitas, 2.) actuum frequentia, 3.) diuturnitas temporis *dict. text.*

scire juvat, non omnes leges ex motu Principis proprio provenire, sed Principem aliquando legem dicere ex conventione praecedente. Quae leges cum in effectu ita differant, ut illam Princeps pro lubitu mutare, ab hac non nisi consensu ejus, qui legi occasionem dabat, recedere possit, ita privilegia quoque, quae partim motu proprio, partim praecedente conventione originem debent, diversae naturae esse, nec ea, quae de una specie dicuntur, ad alteram applicari posse, per se patet. In eo igitur conveniunt I) quod exceptionem faciant a regula, nec ideo praesumantur, sed probanda sint *L. I. D. ad municip. L. unic. C. de thesaur.* II) quod a nemine proficiscantur, nisi qui potestate legislatoria gaudet III) quod concedi non possint in praejudicium alterius Imperantis. Quare ne Imperator quidem in praejudicium Statuum privilegia concedit *Capitul. Leopold.* §. 3. & 44. *in fin.* IV) quod non dari possint in praeteritum Leyser *Specim. VI. med. V.* V) Quod odiosa aeque ac favorabilia esse possint. Imo de odiosis accepta esse privilegia, Leges XII. Tabb. docent. VI) Quod personam regulariter non egrediantur, nisi rei intuitu sint concessa. VII) Quod tacite non acquirantur, & sic nec praescriptio locum habeat, quia subditorum non est, ut Principem ad legem dicendam cogant. Ipsam quaestionem ex instituto prosequitur Thomasius *Dissert. de Praescript. advers. Principem.* VIII) Quod obligationem producant intuitu subditorum, ne privilegiatum turbent, intuitu privilegiati, ut modum privilegii servet, neque eo abutatur, neque ei contraveniat *L. II. D. de vetr.* neque demum ejus non usu privilegium contemnat *L. I. D. de nundin.* Ubique enim amissio privilegii sequitur. In eo vero different, I) quod privilegium per contractum acquisitum ad personas non restrictum perpetuum sit, nec a Principe revocari possit, nisi ob caussam publicae utilitatis supervenientis Wernher, *P. V. Observ. CXLII.* II) Quod tale privilegium nec Principis successor universalis tollere possit, quia factum defuncti praestare debet, III) Quod cum jure prohibendi concessum Principi facultatem adimat, simile privilegium alteri concedendi. V) Quod orto dubio de efficacia privilegii mens & intentio contrahentium primo inspicienda, deinde ad eas regulas interpretandi recurrendum sit, quas alias in pactionibus ambiguis & obscuris adhibemus, cum e contrario privilegium motu proprio concessum eam interpretationem admittat, quam leges obscurae postulant. Possem plura addere, nisi animus esset, hoc ipsum argumentum data occasione proxima copiosius explanare.

p) Verum, si dicendum, quod res est, quae de tacito populi consensu, qui jus faciat inter cives, in §. *IX. J. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* proponuntur, ad nostram Rempublicam minus apta applicantur. In Democratia enim nil interest, sive lex expressa, sive tacita voluntate innitatur. Ast Principi eo majus ex hac doctrina praejudicium oritur, quo certius est, tacitum ejus consensum fingi, eique obligationem imponi, ut post certum temporis lapsum iis legis vigorem tribuat, quae subditis placuerunt. Sic vero potestati Principis legislatoriae vim fieri, quis non videt? Rem loquitur Gribner *Diss. de praejudicio Principum ex abusu juris Justinianei Cap. III.* § *II.*

q) Nec tamen praecise judiciales, id est, Essentiam consuetudinis non ingreditur, ut in judicio contradicto judex pro consuetudine pronunciaverit. Utut enim hoc requiratur a quibusdam Wernher *P. IX. Obs. CXCIII.* ex inspectione tamen *L. XXXIV. D. de Legib.* quam ex responso Johannis, Episcopi Citriensis apud Leunclavium *Jur Graec. Roman. Respons. Lib. V. p.* 323. emendat Gundling in *Gundlingian. P. VII. membr. III.* §. *XIX.* dilucide patescit, non necessitatis, sed utilitatis, & melioris forsan probationis gratia, actus judiciales requirendos esse.

r) Sed cum rationabilitas omnibus legibus inesse debeat, nullaque lex legibus universaliter obligantibus contraria esse possit, satius est, si dicas, consuetudinem requirere 1) imitationem frequentem, & 2) Principis voluntatem minimum fictam. Neutrum abesse potest. Et ad-

XIV. CONSTAT igitur hinc, quod si consuetudo non sit notoria, ista sit probanda, ex pluribus nimirum actibus, & quidem in specie in hoc loco & casu, de quo agitur, celebratis. vid. tract. ROCH. DE CURTE it. PETRUS SALAZAR. *de usu & consuet.*

XV. IN nostro Imperio in usu sunt jura Imperii communia, quæ continentur in jure Civili & Canonico, quatenus sc. sunt recepta [r] Recessibus Imperii & variis consuetudinibus. Porro obtinent jura particularia, quæ continentur in jure Saxonico, Ordinationibus, Principum Constitutionibus, item particularibus consuetudinibus.

XVI. SAEPIUS & in civitatibus sunt certa statuta, quæ tum demum plenum vigorem habent, si vel civitas singulariter privilegiata sit, ut possit jus condere; vel superior ejusmodi statuta confirmaverit. Pertinent etiam huc opificum seu collegiorum statuta [s], quæ etiam confirmatione opus habent.

misso semel in foris nostris argumento de consuetudine, consequens erat, ut Principis consensum fingeremus, cum lex absque Principis voluntate nullam producere poterat obligationem. Interim imitationem plures, eosque uniformes actus æque, ac diuturnitatem temporis jam præsupponere, evidens est ac perspicuum, & quod spatium temporis attinet, in eo consentiunt omnes, Jure nostro triginta annos, annum & diem demum sufficere. Ipsa vero imitatio, quia facti est, probationem prærequirit, quæ, quomodo caute suscipiatur, docet BERGER *Oecon. Jur. Lib. I. Tit. I. §. XIX. not. V.* Sed semel probata consuetudo non Jus impunitatis solum, quod vult THOMASIUS *in Diss. de jure consuetud. & observant.* sed jus obligationis producit, ceu probat GUNDLINGIUS *d. l.*

r) NOLO recoquere ea, quæ ad historiam receptionis spectant, & quæ de auctoritate horum jurium in Germania a CONRINGIO *in tractat. de Origin. Jur. Germ.* KULPISIO *in Dissert. Epist. de Germanic. legum veter. ac Romani juris in Republ. nostr. origine, auctoritateque præsenti*, ut & a THOMASIO *in Dissert. de rite formando statu controversiæ, an Legum Justinianear. magnus vel exiguus usus sit in Germania*, pluribusque aliis erudite & ex instituto disceptata sunt. Hoc solum moneo, ipsam receptionem utriusque juris, quam rationibus arcanis & politicis originem debere, demonstratu haud esset difficile, nunquam expresse, nec universaliter, nec eliminatis moribus patriis factam esse. Salva & integra manserunt instituta majorum nostrorum in quamplurimis negotiis, quorum notitiam Romani non habuerunt. Compara HEYERI *Præfation. ad Position. Jur. German.* Nec etiam opus est, ut prius in reliquis ad jura recepta confugiamus, quam verba & rationes legum patriarum deficiant. Juris Canonici vero, quis, eam, credit, esse posse auctoritatem, ut falsus ejus ex falsis principiis deductas conclusiones, refragrantibus religionis nostræ principiis, ad negotia Ecclesiastica applicare fas sit. Vid. *nostr Programm. de auctoritate Legum in German. recept. ex ratione legis & intent. Legislator. d judic.* quod *Commentario & Constitution. Imper. Roman. omissis* in calce accessit. Ut itaque utrumque jus subsidiarium est, ita inter omnes constat, Jus Romanum in argumento de testamentis & successionibus Canonico, hoc in argumento de matrimonio, juramento & præscriptione Romano præferri. In dubio vero, ubi utrumque jus a se discrepat, Canonico plerumque, ob præsumtam pietatis & æquitatis rationem, primas dari.

s) QUORUM efficacia æque ac vis Statutorum a Collegio opificum conditorum fere unice dependet ex conventione. Sunt enim leges conventionales, convocatis omnibus membris a majori parte duarum minimum tertiarum, quæ comparuerunt, confectæ. Hæc tria itaque essentiam Statuti ingrediuntur I) ut omnes cives nullo omisso citentur *c. XXVIII. X. de Elect.* II) ut ex iis duæ tertiæ minimum compareant *L. III. de decret. ab ordin. faciend.* III) ut ex præsentibus major pars consentiat *L. XIX. ad municip.* Confirmatio autem Principis ad esse tiam statuti non pertinet. Hoc tamen efficit, ut statutum vim legis habeat, & extraneum obliget, BOEHMER *Dissert. de natura statutor.* LEYSER *Spec. VIII. med. 1. sqq.* Id demum inter statuta civitatis & opificum interest, quod illa non de rebus solum ad civitatis commodum pertinentibus condi, sed

XVII.

XVII. Illud itaque jus, quod in loco servatur, quo jus dicendum venit, probe est cognoscendum. *l.1.§.1. verb. boni & aequi notitia de I. & I. l.2.§.43. vers. turpe de O. I.* & deinde, exploratis singulis facti obvenientis circumstantiis, legitime ac prudenter applicandum *de l.1.§.1. verb. discernentes, separantes, de I. & I. vid. de l.2.§.13. de O I.*

XVIII. In qua juris accommodatione praeprimis aequitas est observanda [u]. *d. l.1. pr. verb. aequi & boni l. placuit. 8. C. de judic. l.18. de LL. l.90. de R.I.* quippe quae definitore Aristotele, est ἐπανόρθωμα *juris legitimi, ea parte, qua deficit ob universale, non sec. legem. 5. Eth. 10.* h.e. est commoda seu recta conformatio juris, generaliter ac indefinite lati, ad casus in lege non expresse seu non sigillatim decisos. vid. Aristot. *6. Eth.8. & 1. Rhet.13. add. l.3.4.5.& 6. de LL.*

XIX. Ut vero haec aequitas observari possit, 1.) verba 2.) mens & 3.) ratio legis recte est perpendenda [x]. *l.17. de LL. l.24. eod.* Arist. *d.1. Rhet.13.* Si itaque aperta & clara verba & sententia legis fuerint, ista per simplicem interpretationem applicanda. *conf. l.7.§.ult. de supell. leg. l.60.§.1. de legat.3.* Sin autem sententia & ratio legis sit generalior verbis, ad casus similes ea extendenda: *l.12. l.13. l.24. de LL. l.32. pr. ad. L. Aquil. l.7.§.2. de Interdict.* si denique sententia & ratio legis sit restrictior, lex quoque restringenda erit *l.32. de pact. l.2.§.3. ad SCt. Vell. l.7. C. de LL.*

XX. Aliquando etiam lex dubia determinatur inde, ut spectetur, quid retro in ejusmodi casibus sit observatum & judicatum [y]. *l.37. l.38. ff. de LL. l.2. §.24.*

& juri communi derogare possint. Unde vetus proverbium: *Willkühr bricht Land-Recht.* Haec vero non nisi de negotiis ad communem collegii utilitatem spectantibus sunt.

u) Nunquam enim tantam JCti juri stricto tribuere voluerunt efficaciam, ut humanitatis rationem vinceret. Noluerunt potius, ut legum permissivarum praetexta quis uteretur ad injuriam aliis faciendam. Suaserunt honestatem *L. CXLIV. de Regul. Jur. L.I. §. III. D. de pec. ricul. & commod. rei vend. L. IV. § I. D. de alienat. judic. mutand. caus. fact.* Commendarunt aequitatem naturalem *L. XC. de Reg. Jur. L. XXI. de interrogat. in jur. faciend.* In usum eandem deduxerunt ipsi in *§. VII. J. de fideicommiss. hered. L. I. §. IV. & XI. de aqu. & aqua pluv. arcend. L. II. §. V. Eod.* Legis rigorem emolliverunt humanitate in *L. XCI. §. III. de Verbor. Obligat. L. XXIX. §. IV. Mandat. L. XIII. §. VII. de Excusat. tutor.* & sexcentis aliis locis.

x) Huic rei comparata est *interpretatio.* Quam ita definio, quod sit *explicatio legis vel termino vel stylo obscurae, adhibitis regulis Hermeneuticae, ex propria verborum significatione, ratione legis & intentione legislatoris, desumta.* Nil vero interest, utrum ipse Legislator, an tertius explicet. Interim praeter conclusiones ab Auctore formatas & has addere licet: I) Cessare interpretationem, si res clara sit & perspicua, II) Cessare etiam, si lex adeo obscura, ut sensus erui non possit, III) Regulas interpretandi ex Legibus non esse desumendas. vid. Thomasii *Diss. de interpretat. beneficior. Princip.* & compara Hornium *de interpretatione Juridica.* IV) Declarationem, qua mentem nostram ipsi explicamus, interpretationi esse subordinandam, V) Interpretem legi vim inferre non debere, sed VI) semper doctrinaliter interpretari, sive privatus iste sit, sive legislator. VII) Interpretationem itaque non esse, sed novam legem, quando Princeps legem priorem ad casum, qui sub lege non latebat, extendit, VIII) a JCto studium etymologicum non esse alienum, IX) rationem legis, si legislator expresserit, praecise esse sequendam, etiamsi inadaequata vel spuria sit, X) Tum demum interpretem de suo ingenio aliquid addere posse, si ratio legi non sit addita, XI) Plane incognita mente ratione ad probabilem legislatoris intentionem respiciendum. XII) Demum, si de hac non constet, legi praecise standum esse. Lex enim, utut dura, sufficit tamen scripta. Et his itaque & hoc elucere puto, a studioso juris haud vilipendendum esse historiae & antiquitatis studium. Alias, si praesertim de legis antiquae rigore sermo est, in tenebris palpabit.

y) Hanc *interpretationem usualem* vo-

*de O. I. verb. quod vetustissima juris observantia*, ubi hæc inter alia adnotat ANTON. MORNACIUS: *gravissimus hic est textus in id, ut a vetustissima juris observantia nunquam, si fieri possit, discedi debeat*. Jung. *l.24. ad municipal.* in cujus fine hæc habentur: *cui consequens est, ut ne infuturum a forma observata discedatur*. Tanti esse docet JOH. FABER. *ad pr. tit. de offic. jud. in Inst.* insistere vestigiis vetustissimæ hujus juris observantiæ, ut dicat, nullam esse irritamque sententiam, quæ contra statum notumque juris consueti ordinem lata est &c.

XXI. CAETERUM omnes hominum actiones & negotia, de quibus jura ordinantur, vel personas & statum seu conditionem personarum, vel res & bona ipsarum concernunt, hinc aliud est JUS PERSONARUM, aliud JUS RERUM. De utroque 1.) sciendum, quid secundum jus personarum vel rerum competat, 2.) qua ratione & modo illud jus sibi competens quis ab altero, qui sponte non tribuit, per actiones & judicia consequi possit.

## TITULUS III. DE JURE PERSONARUM SEU STATU HOMINUM, INDEQUE VENIENTE PRIMA DIVISIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Persona seu homo.* L.1.ff.t.5. de statu hominum. II. *Juxta statum naturalem ratione sexus est* 1) *vel masculus vel fœmina.* 2) *Vel natus vel nasciturus.* III. *Tempus justum nativitatis.* IV. *Juxta legem alii liberi, alii servi.* V. *Illi vel ingenui vel libertini.* VI. *Hodiernus Usus.*

I. PERSONA hic significat hominem in societate civili viventem *arg. rubr. I. de jur. person.* junct. *rubr. & l.3. ff. de stat. hom.* Habet vero homo aliquem statum seu conditionem attributam vel ab ipsa natura, vel a jure [z].

cant, eaque principiis Juris Romani optime convenit. Tanta enim JCtorum in Republica libera erat auctoritas, ut ab eorum opinione nemo facile recederet, atque sic interpretationes prudentum non minimam Jurisprudentiæ partem constituerent. Quare & Jus Civile in *L. II. §. V. de Origin. Jur.* Jurisprudentia media in *§. III. J. de legitim. agnat. success.* ipsi vero juris Consulti juris auctores in *L. III. D. si pars heredit. L. XXXIX. D. de action. emti* & juris conditores vocabantur *L. XXV. C. de Procurat.* Sigillatim querelam inofficiosi testamenti prudentum interpretationi natales debere, probat HEINECCIUS *Dissert. de lev. not. macul.* Nec aliter se res habuit tempore Imperatorum. Utebatur enim Augustus JCtis ad eum finem, ut leges, pristino statui Reipublicæ accommodatas, eorum ope corrigeret, & ad præsentem statum detorqueret, eo ipso vero legum munia ad se traheret TACITUS *Annal. lib. I. c. III. Lib. III. cap. LXXV.* Prohibebat ideo, ne judices ab eorum responsis recederent *§. VIII. J. de Jur. Natur. Gent. & Civil.* quod a dubiis GOTHOFREDI *in Comment. ad Cod. Theodos. Lib. I. Tit. IV.* vindicavit THOMASIUS *de Nævis Jurisprud. Ante Justinian. p. 67.* Ratum etiam habebat, ne responsa rationibus munirent, quod SENECA *Epist. XCIV.* ridet. add. HEINECC. *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit II. §. XXXVII. sqq.* Quid autem hæc ad Germaniam? in qua tanta nunquam JCtorum fuit potestas, ut interpretando & de jure respondendo novum jus constituerent. Hinc certe, nisi juri scripto, rationi & genuinæ interpretationi legum conveniant observantiæ, eas sequi & servare non oportet, quod ipsum invictis rationibus evicit GRIBNER *Dissert. de observantiis Collegiorum Juridicorum.*

z) STATUS est certa conditio, in qua homo vivit, vel ut homo vel ut membrum societatis cujusdam, cui si vel sponte vel ex instituto humano addixit, & vi cujus certis commodis & incommodis particeps fit. In homine, ut homine, consideranda

II. JUXTA statum naturalem distinguuntur homines 1. ratione sexus *l.9. l.10. ff. de stat. hom.* quod scil. alii sint masculi, alii fœminæ [a] (*quarum virtus, ait Aristoteles, corporis est pulchritudo & magnitudo; animi vero temperantia & φιλεργία ἄνευ ἀνελευθερίας, h. e. ut sit amans laboris, absque tamen sordibus & avaritia*) vel etiam Hermaphroditi seu androgyni, de quibus sciendum, quod ejus sexus sint æstimandi, qui in iis prævalet. [b] *l.10. ff. de stat. hom. l.15. §.1. ff. de test.* vid. ALPHONS. A CARANZA *tr. de part. legitim. c.17. n.66. & seqq.* item PAUL. ZACH. *in quastion. Medico-Legal. L.7. tit.1. quæst.8.* 2.) Alii sunt jam nati, alii nasciturí, seu in utero; de quibus notandum, quod in iis, quæ ad commodum eorum spectant, perinde habeantur, ac si jam nati essent. [c] *l.7. l.26. de stat. hom.* & quod eorum gratia prægnantibus parcatur,

veniunt diversa jura, quæ ad sexum, nativitatem, ætatem, perfectionemque corporis vel animi respiciunt. Societas prima, & reliquarum seminarium, conjugalis fuit, quæ postea & parentalem & herilem produxit. Orta est denique ex pluribus ejus generis minoribus societatibus civilis societas, sive Respublica. Inde alia enata jura mariti, alia uxoris, alia parentum, alia liberorum, alia dominorum, alia servorum, alia denique Imperantium, alia subditorum. Horum vero, cum iterum innumeræ sint classes, diversa quoque non posse non eorundem esse officia & jura, per se patet. Verum & hoc extra controversiam est positum, quod una persona plures possit sustinere status, atque ideo diversas diverso respectu recipere obligationes, quod ultimum argumentum ex instituto explicavit HERTIUS *Dissert. de uno homine plures sustinente personas.*

*a*) MASCULORUM & fœminarum diversa jura Doctores quidem duabus hisce regulis existimant includi posse; quod masculorum melior sit conditio, si de dignitate quæreretur, fœminarum, quando de imbecillitate sexus, deque avertendo vel reparando damno sermo esset. Verum conclusiones, quas regulis subjicere solent, atque exempla, cum ipso principio non semper conciliari possunt, præsertim cum plura fœminis tribui videamus jura, quæ ex ratione speciali profluxerunt. Quare satius erit, paria fœminarum & masculorum jura in dubio statuere, diversitatem jurium vero, si quam deprehendimus, vel a diversitate sexus, vel ex specialibus & cuilibet Reipublicæ propriis rationibus deducere. Sic enim dubium non est, sexum ipsum in causa esse, quod fœminæ citius pubescant, quam masculi, quodque gentes officia publica masculis magis, quam fœminis destinaverint. Sic Romanos, videmus, Zelotypiæ furore abreptos, varia sexui sequiori ingrata ordinasse argumenta. Sed & hoc deprehendimus, magna illa, sed & sæpenumero absurda, mulierum privilegia obsequio Justiniani in Theodoram originem debere. De prioribus quædam lectu non injucunda protulit LUDWIGIUS *Dissertationibus de SCto Vellejano exule in Germania.* Posteriora per indicem recitavit GUNDLINGIUS *Tom I. Observ. VIII.* ex quo eadem repetit Illustr. STRUVIUS noster *in Hist. Jur. Justinianei c. III. §. I. not.* ****** Sine dubio & Germani suas habuerunt causas, cur adeo multa in odium fœminarum statuerent jura in argumento de secundis nuptiis, de successionibus, de cura muliebri, aliisque pluribus.

*b*) QUAESTIONEM, an dentur Hermaphroditi, de utroque sexu æqualiter participantes, Medicis & Physicis decidendam relinquo. Id solum moneo, rem dubio procul futuram esse periculi & abusus plenam, si Hermaphroditorum arbitrio sexus electio committeretur. Quo magis itaque Reipublicæ intererest, ut abusus evitetur, & jus tertii quæsitum illæsum maneat, eo majori circumspectione opus est in eligendo sexu, quem Hermaphroditus sequi necesse habeat. Committatur itaque res prudenti Medicorum consilio, adhibeatur prius ocularis inspectio, exigatur ab ipso Hermaphrodito jusjurandum, quod sexum religiose servare velit. Confer. STRYCK. *de jur. sensuum Dissert. I. cap. I. n. 60. seqq.*

*c*) VERUM pendente graviditatis tempore pendent etiam nasciturorum jura, nec prius actu horum participes fiunt, quam nati & a matre separati fuerint vivi & perfecti. Prius tamen, si aliunde de morte ne probabiliter quidem constet, in dubio præsumitur. Eaque præsumtio non locum solum facit transmissioni hereditatis, sed matri etiam infanticidii suspectæ eatenus nocet, ut nudam ejus assertionem, partum mortuum fuisse editum, vincat, atque hæc ideo purgatorio ju-

& pœna vel etiam tortura differatur [d], usque dum partus sit editus, & sex septimanæ præterlapsæ [e] *l.* 18. *de stat. hom. l.* 3. *de pœn.*

III. De natis sciendum est, quod septimo vel octavo mense nati, a die nuptiarum celebratarum, pro legitimis liberis secundum communem Medicorum & JCtorum sententiam habeantur [f], imo quod etiam ob favorem partus decimo, vel etiam initio undecimi mensis [g] admittatur. *l.* 12. *de stat. hom. l.* 3. §. *pen. & ult. de suis & legitim. hered.* add. *arg. Nov.* 39. *c.* 2. vid. ALPHONS. a CARANZ. *d. tr.* CARPZ. *p.* 4. *def. for. Const.* 27. *def.* 15. RICHTER. *Decis.* 89 *num.* 2. 3. *& ult.* Porro etiam partus, in quo aliquid præter naturam superest, vel deest, nihilominus inter liberos est numerandus *arg. l.* 10. §. 2. *de ædil. Edict.* Monstra vero, quæ contra formam humani generis procreantur, non sunt liberi [h]. *l.* 14. *de stat. hom.*

IV. Juxta jus, propter diversum statum & conditionem civilem, summa & absoluta seu generalis ac prima divisio de Jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, qui habent naturalem facultatem ejus, quod cuique facere libet,

ramento, vel tortura corroboranda sit, vid. CONSTIT. CRIMIN. CAROLIN. *artic.* CXXXI.

*d*) Et pœnas quidem, quod attinet, hoc indistincte procedit, modo corpus affligant. Verum enim vero, cum fœminæ sæpenumero non nisi maximo judiciorum incommodo, sive ex alimentandi onere, sive ex sumtibus, custodiæ causæ impendendis, oriundo, detineri possint, placuit Collegio Scabinatus Jenensis plus simplici vice, ut pœnam fustigationis, gravidæ applicandam, eo in casu, si non diu uterum gestavit, ea ratione temperarent, ut alligatis in dorso virgis perpetua absque dispendio perageretur relegatio. Ex medio autem eruendi veritatem, quia pari ratione partui damnum enasci potest, non torturam solum, sed & territionem differri, imo ne ad præstandum quidem juramentum purgatorium gravidam indistincte cogi, humanitatis est. Nec leges huic opinioni contrariæ sunt, ceu docet LEYSERUS *Spec. XIV. med. I.*

*e*) Verum & tum, quia partus præcise ratio habetur, pœna ea ratione est applicanda, ne per eam alimenta infanti detrahantur CARPZOV *Qu. Crim. P. III. Qu. CXXXVII. n.* 12.

*f*) Imo præsumtione juris filius ex justis nuptiis procreatus legitimus est, etiamsi altero post nuptias die lucem aspiciat *L. XI C. de natural. liber. in fin.* Quæ ipsa præsumtio, utut probationem in contrarium admittat, neque tamen per nudam assertionem matris *L. XXIX. in fin. D. de probat.* neque per solam contradictionem patris *L. I. §. IV. D. de Carbon. Edict.* licet jurata sit *c. per tuas X. de probat.* infirmatur, sed fortioribus argumentis vincenda est. Adeoque terminus septimi mensis eo spectat, ut 1) parentes evitent pœnam anticipati concubitus WERNHER *P. I. Observ. CLIII.* 2) ut omnis probatio in contrarium excludatur, si pater concubitum haud neget.

*g*) Sed in legibus allegatis nihil de initio undecimi mensis occurrit. Et, re penitus inspecta, ne quidem NOVELL. *XXXIX. cap. II.* in qua omne opinionis præsidium collocant malæ causæ defensores, rem loquitur. Nec enim hæc argumentatio procedit: Justinianus in Novella partum medio undecimi mensis procreatum illegitimum judicat; Ergo initio undecimi mensis natus est legitimus. Quare rectius dixeris, terminum ad quem legitimorum natalium, finito matrimonio, esse decimum mensem. FABROTTUS *Differtat. de tempore partus humani.* Ipsam rationem menses computandi collige ex BERGERI *Oecon. Jur. Lib. I. Tit. II. §. II. not. V.*

*h*) Imo ne hominum quidem jura habent. Et sic forsan impune occidi possunt? De quæstione consilii videant Theologi. De jure pœnam occisori imminere, haud existimo, utut dissentiat STRYCK *in Interess. controv. cap. II. §. VI. sq.* modo lex peculiaris hanc licentiam non restringat, & monstrum re ipsa sit monstrum. Nam in eo dijudicando non præcise ad formam corporis aut capitis sed ad id potius respiciendum est, an rationis usum habeat. Cæterum nostra opinio non in Legibus XII. Tabb. solum fundata, sed dudum defensa est a JCtis Batavis, teste GROTIO *in Manud. ad Jurispr. Batav. P. III. Lib. I.*

nisi si quid vi aut jure prohibetur[i], §. 1. *I. de jur. perf. l.4. pr. de stat. hom.* aut servi, qui dominio alieno sunt subjecti, juribus civilibus non fruuntur *l.4. §.1. de stat. hom.*

V. LIBERI homines rursus distinguuntur in ingenuos & libertinos. Illi sunt, qui a liberis parentibus liberi nati sunt: hi vero sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt *tot. tit. I. de libertin.*

### Additiones MENCKENIANAE *Lib. I. Tit. IV.*

VI. QUAMVIS vero hodie inter Christianos ejusmodi homines servi non habeantur, nisi quod a Turcis aliisque barbaricis gentibus capti pro servis inter Christianos censeantur, eo quod istæ etiam nationes Christianos captivos pro servis habeant: sunt tamen in quibusdam locis homines proprii, *eigene Leute*, qui affinitatem cum servis habent, de quibus commodius cap. seq. agetur.

SUBJUNGATUR *text. Instit. Lib. I. Tit. III. de Jure personarum & seqq. usque ad Tit. VIII.*

## TITULUS IV. DE SECUNDA PERSONARUM DIVISIONE, ET DE POTESTATE DOMINICA.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Quædam personæ sunt sui juris. Quædam alieno juri subjectæ* L. 1. ff. t. 6. de his qui sunt sui vel alieni juris. II. *Nim. dominicæ potestati.* III. *Hodie operæ liberorum hominum conducuntur.* IV. *Alicubi etiam sunt proprii homines.* V. *Rustici nostri præstant operas. Sive determinatas. Sive indeterminatas.*

I. SEQUITUR de jure personarum alia divisio: nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ: rursus earum, quæ alieno juri

i) QUIS vero non videt, hac definitione admissa ipsam servitutem libertatem esse. Unde incultam illam definiendi artem merito ridet LEYSER. *Spec. I. med. I.* cum in finem præterea loco allegato evolvendus, quia alia plura definitionum in Jure Romano occurrentium vitia collegit. Tu potius nota, aliam esse libertatem naturalem, aliam civilem, aliam Civium Romanorum. Ista consistit in jure independentiæ, vi cujus quis neminem, præter Deum, superiorem agnoscit; Illa dici quidem potest independentia, obligatione tamen, obsequium præstandi ei, qui Reipublicæ præest, circumscripta. Hæc Quiritibus propria fuit, variisque specialibus absolvebatur juribus, quæ late prosequitur HEINECCIUS *in Appendic. ad Lib. I. Antiquit. Roman. §. XXIV. sqq.* A natura itaque nulla est servitus, cum omnes homines sibi invicem sint æquales. Non tamen a natura abhorret, pacto accedente se ea ratione alterius servum profiteri, ut obligationem recipiamus, operas nostras ad communem societatis domesticæ utilitatem conferendi. Et prima servitus ideo fuit pactitia. Huic deinde successit legalis. Perspecta enim pactitiæ servitutis utilitate, coacti sunt quidam, ut inviti renunciarent libertati civili, & statum servilem ab illo plane diversum subirent, qui non privationem solum jurium, quæ libertatem civilem concomitabantur, operabatur, sed, si Romanos spectes, ad ea etiam jura aditum præcludebat, quæ Quiritibus concessa erant. Primus legalem servitutem constituendi modus fuit captivitas. Eam enim Lacedæmoniis placuisse, PLINIUS refert *Histor. Natur. Lib. VII. cap. LVI* Hos secuti Romani, præter captivitatem, alium modum, pœnæ nempe loco, servitutem constituendi excogitarunt, cujus exempla occurrunt in §. *IV. J. de jur. personar. L. unic. C. de Senatus Conf. Claudian. tollend.* Et cum servi legales invito domino ad libertatem adspirare haud possint, factum est inde, ut nativitate etiam statum suum cum posteris communicarent.

subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum, *pr. I. de his, qui sui vel. al. jur.*

II. In potestate dominorum apud Romanos erant servi, & consistebat hæc potestas dominica[k] in eo, quod servus 1.) domino proprius, adeoque hic istum vendere, in vincula conjicere, vel, attamen absque sævitia, castigare potuerit, *l. 1. §. 2. de his, qui sui vel al. jur. §. 1. & 2. I. eod. tot. tit. C. de emend. serv.* 2.) quod domino operas præstare debuerit. vid. *tot. tit. de oper. serv.* & 3.) quodcunque per servum acquirebatur, id domino acquirebatur. *pr. & §. 3. I. per quas person. cuique acquir.*

III. Hodie operas liberorum hominum certa mercede conducimus, ad quos tamen hæc jura quodammodo applicari possunt[l] vid. Hermann. Stamm. *tr. de serv. person. lib. 2. per tot.*

IV. Sunt etiam in nonnullis locis proprii homines, quorum status & conditio secundum cujusque loci consuetudinem discernenda venit[m]. vid. Frieder. Husan.

k) In dijudicanda servorum Romanorum conditione, ut per innumeras, quæ in Corpore Juris extant, nos diffundamus conclusiones, vix est necesse. Majorem utilitatem præstat generale hoc, ex quo omnia prono alveo fluunt, principium: Servos fuisse res & partem patrimonii. Clare rem loquitur Ulpianus *Fragmentor. Tit. XIX. §. I.* Ex eodem principio Antonini Pii constitutiones, quibus dominorum in servos sæviendi compescebat licentiam, Justinianus, promanasse, ait in *§. I. J. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* Reipublicæ enim interesse, judicat, ne quis re sua male utatur. Quin imo effectus etiam certissime de sua testatur causa. Servi poterant vendi, donari, legari, occidi, sibi nil acquirebant, matrimonium non contrahebant (quod argumentum ex antiquitatibus explicat Gundlingius in Meditatione *de contubernio servorum*, Gundlingianis inserta) a jure contractuum arcebantur, partus ancillæ ventrem sequebatur, nonnisi volente & consentiente domino statum mutabant, & quæ sunt id generis alia. Sed vel nimia dominorum tyrannis, qui omnis humanitatis ignari, & misericordiæ obliti, in servos supra modum sæviebant, vel, quod magis probabile, mutata Reipublicæ Romanæ facies, Imperatores movit, ut dominorum licentiam legibus restringerent, eorumque jura ad æquitatis rationem revocarent. Quo ipso melior in dies servorum facta est conditio. Hoc Claudius egit teste Suetonio *Claud. cap XXV.* In eo occupata fuit Lex Petronia *L. XXIV. D. de manumiss.* Servis etiam prospexit Hadrianus vi *L. II. D. de his, qui sui vel alien. jur. sunt;* add. Spartianum *cap. XVIII.* Hujus vestigia iterata vice pressit Antoninus Pius d. *L. II. de his, qui sui vel alien. §. I. J. Eod.* Marcus quoque Imperator hoc argumentum tetigit in *L. V. D. de accusation.* Idem fecerunt sequentes Imperatores, quorum rescripta collegi in *Constitut. Imper. Romanor. omiss. Manip. I. Obs. II.*

l) Imo potius, quid servus mercenarius domino præstare debeat, unice ex pacto dependet. Nec enim dominus ejus opera alia ratione utitur, quam quatenus servus eam promisit. Cæterum sibi acquirit, omnibusque juribus liberorum hominum fruitur. Jus emendationis domesticæ tamen, sive facultatem castigandi & emendandi famulum mercenarium dominis competere, uno fere omnes profitentur ore. Limites autem hujus juris nemo magis accurate determinat, quam Leyser *Spec. XIV. med. IV.* dum recte statuit, dominum a duobus cavere debere, primo, ne famam, secundo, ne valetudinem servi lædat. Id, si negligat, actione injuriarum tenebitur, hoc, si non curet, de omni damno respondebit.

m) Sunt homines proprii servi legales Germanici, neutiquam vero jure servorum Romanorum æstimandi. Nexum eorum cum dominis describit Tacitus *de morib. German. cap. XXV.* Domini vero iis utebantur vel ut ministerialibus, qui domino & familiæ, & domi, & ruri, & militiæ inserviebant, qui Gasindi nominabantur, vel ut colonicis, qui certis agris fundisque colendis adscripti erant, serviles appellati, & domino ad præstandam mercedem aut fructuum partem obligati Gaertner *ad L. Frision. p. 14.* Priores neque antiquissimis temporibus in usu fuisse videntur, neque ad nostra

*tr. de pr. homin.* Joh. Hermann. Stamm. *diss. tr. de servit. person.* Speidel. *in notab. historico polit. voce Leibeigen, it. voc. Wildfangen;* & novissime Autor. *defensionis causa Palatinæ:* nec non Philipp. Andr. Burgoldensis *notit. rer. illustr. imper.* *Part.* 3. *Discurs.* 2. §. 5.

V. Hisce in terris rustici quidem liberi homines sunt [n], nihilominus tamen dominis, quibus subjecti, operas præstare debent, (*Frohndienste*) quæ varii sunt generis. ... tempora pervenerunt. Non dubito tamen, quin ab his derivandum sit jus illud dominorum jurisdictionalium, in Saxonia Electorali publica lege, scil. in Ordinat. Politic. *de Anno* 1661. *tit.* XXIII. approbatum, *der Dienstzwang,* vi cujus rusticorum liberis operas suas extraneo addicere prius non permittitur, quam eas domino per certa temporum intervalla præstiterint, vel ejus minimum consensum in discessum impetraverint. Confer. *Introd. nostr. ad Jus. Saxon. P. I. Exerc. VI.* §. *IV. sqq.* Posteriores hodie in pluribus provinciis supersunt, in Lusatia, Marca Brandenburgica, Westphalia, Palatinatu, Ducatibus Luneburgensi, Brunsvicensi, Megapolitano, & Holsatico. Nec Poloni, aliique gentes, quæ olim Slavici juris erant, ejusmodi servos ignorant. Utut vero eorum una eademque non omni tempore fuerit conditio, ceu collatis eorum per plura secula diversis juribus perspicue demonstrat Boehmer *Dissert. de jur. & statu hominum propriorum,* atque sic hodie primario respiciendum sit ad ordinationes Provinciales & locorum consuetudines, in eo tamen antiquam omnes retinuerunt conditionem, quod in patrimonio & proprietate dominorum sint, prædiisque, quæ colunt, & ex quibus domino canonem præstant, perpetuo & inseparabiliter addicti. Quare & glebæ adscripti vocantur. Habent igitur propria quidem bona, sed consensu demum domini, ejusque præscitu alienabilia. Legem meliorationis in iisdem agnoscunt, domicilium non mutant, sed vindicantur, venduntur, permutantur, servilia præstant obsequia, census exsolvunt, matrimonia neque cum ingenuis, neque cum alterius domini hominibus propriis inconsulto domino suo celebrant, imo & consensum domini in nuptias exsoluto maritagio emunt, domino partem hereditatis relinquunt, de quo argumento Harprecht in *Dissert. de jur. mortuario* egit, obsequium denegantes, & in præstationibus atque cultura agrorum negligentes fundum amittunt, *sie werden abgeäusfert,* liberi eorum & posteri eundem statum continuant, ad libertatem invito domino non adspirant, eamque pretio interveniente, *gegen gebührenden Abtrag der Leibeigenschafft,* emunt. Reliqua taceo, quæ tamen ex præmisso principio facile deducuntur. Hoc solum moneo, causam religionis per Pacem Westphalicam adeo esse privilegiatam, ut dominus facultatem emigrandi hominibus propriis denegare neutiquam possit.

*n*) In rusticis nostris statum antiquorum in Germania libertorum & servorum manumissorum conservari, pro certo habeo. Tacitus, dum in tract. *de morib. Germanor. cap. XXV.* libertorum meminit, eos non multum supra servos fuisse addit. Nec absque causa. Servi enim manumissi ratione personæ plenam acquirebant libertatem, & ingenuorum fere conditionem intrabant, nec dubitat ideo Compilator Juris Saxonici antiqui, quin eos in Jure Provinc. *Lib. II. art. II.* inter ingenuos referat. Non tamen omnis ideo cessabat nexus libertorum cum domino, sed quasi in compensationem beneficii, per concessionem libertatis præstiti, certa recipiebant onera, & obsequiales operas, inter quas & necessitatem refero, dominum in bellum euntem comitandi. De iis enim accipio Legem Salicam *Tit. XXVIII. cap. I.* atque clientes illos, nec non ambactos, quorum meminit Julius Caesar *de Bello Gallic. Lib. III. cap. XXII. Lib. VI. cap. XV.* ex classe libertorum fuisse, non absque ratione auguror. Cæterum res suas liberti seperatas habebant. Prædiorum vero intuitu, si quæ ex Domini beneficio possiderent & colerent, certum exsolvebant censum, certasque recipiebant patrimoniales præstationes. Sed jam ante me, collata antiquorum libertorum & rusticorum nostrorum conditione, veritatem illam, quod parum discriminis inter utrosque intercedat, a dubiis vindicavit Thomasius *Diss. de hominib. propriis.* Quod autem post varia temporum intervalla in prædiis liberiori uterentur jure, easque quasi proprias habere inciperent, id, existimo, partim a natura ususfructus Germanici, quam delineavit Schilter *Exerc. VII. per tot.* & Beyer *Jur. German. Lib. II. cap. X.* partim a commixtione Juris Germanici cum Ro-

neris °. Sic aliæ præstantur jumentis, ab iis, qui agros possident, & dicuntur *Anspanner*, *Pferdner*, *Hüfner*, aliæ manibus vel alias corpore (*mit Handfrohnen*, *Getreide schneiden*, *Hew machen*, *Botschafft lauffen*, *Wachen*, *Jagen*, *&c.*) ab illis, qui nullum agrum, vel non multum agri habent, & nominantur *Hintersatler*, *Handfroener*, *Kotsassen*. Istiusmodi operæ sunt vel determinatæ, quæ nimirum certis diebus præstantur, vel certo modo, *gewisse*, *gesezte oder gemessene Dienste*, vel indeterminatæ, quæ quoties & quomodocunque opus est debentur. Non tamen in infinitum sunt extendendæ, sed boni viri arbitratu definiendæ, ac de solitis & consuetis intelligendæ ᵖ. vid. CONSTIT. ELECT. *p.* 2. *Const.* 51. *&* 52. *ibique* CARPZ. *ut & in Respons. Elect. lib.* 1. *tot. tit.* 6. *&* 7. *&* *dec.* 33.

LEGATUR *d. Lib. I. Instit. Tit. VIII. de his, qui sui vel alieni juris sunt.*

# TITULUS V. DE PATRIA POTESTATE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Patriæ potestati subjecti sunt liberi.* II. *Ejus effectus.* III. *Jura patri & matri communia* L. 25. ff. t. 3. de agnosc. & alend. lib. vel. par. vel patron. vel lib. IV. *Causæ patriæ potestatis.*

I. IN patria potestate sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus. II. CONSISTIT autem patria potestas ᵠ potissimum in eo, 1) quod patri filius sit subjectus, & ipsi concedatur in transgressorem moderata castigatio, &

mano, & incauta argumenti de emphyteusi Romana ad prædia rusticorum nostrorum applicatione derivandum esse. Conf. nostram *Introduct. ad Jus Saxonic. P. II. Sect. II. Exerc. III. §. XIX. sqq.* De vario vero nexu, quem rustici prædiorum intuitu subeunt, commodior alibi erit dicendi occasio.

*o*) HANC rem ex instituto pertractavit BEYER *Jur. Germanic. Lib. I. cap. V. & VI.* Sunt autem vel personales, vel reales, sive patrimoniales. Illæ, sive jumentis, sive manu præstentur, regulariter rem rusticam respiciunt. Et has, quia ex ipsa antiquitate originem trahunt, in dubio præsumendas esse, non sine causa reor. Quæ vero præterea a rusticis exiguntur operæ personales, *Baufrohnen*, *Wachdienste*, citra pactum vel legis dispositionem haud debentur. Et, si debentur, strictam omnino desiderant interpretationem, ut minimo, quam fieri potest, rusticus damno afficiatur. Quare servitia, ad reparandum vel exstruendum domini castrum præstari solita, in dubio de sola habitatione accipienda esse monet CARPZOVIUS *Lib. I Resp LI.* Excubias item ægrotante domino vel ejus uxore agendas, ad dominam puerperam extendi posse negat LEYSER *Specim. XIV. med. III.* Operæ porro certæ in alias, quantumvis similes, converti nequeunt, nec in pecuniarias præstationes mutari, nec de loco ad locum extendi. Porro, si exactæ non sunt, in sequentem annum non possunt rejici CARPZOV. *Lib. I. Resp. LVI. & LVII.* & pro operis non exactis dominus satisfactionem frustra urget WERNHER. *P. VII. Obs CLXXI.* Reales deinde operas quod attinet, illæ vel in frumento, vel in pecudibus, vel in pecunia præstari solent, de quibus vide BEYERUM *d. l.* Pertinent huc etiam decimæ tam seculares, quam Ecclesiasticæ, quarum originem & naturam ex antiquitatibus eruit BOEHMER *Jur. Eccles. Lib. III. Tit. XXX.* & *in Dissert. de præscriptione decimarum.*

*p*) GENERATIM vero dominum, in exigendis operis indeterminatis, humanitatis & æquitatis rationem observare, nec prætextu juris sui omnem rusticis sibi acquirendi & prædia colendi occasionem præripere debere, & res ipsa postulat, & domini proprium commodum suadet.

*q*) Cum Jurisprudentiæ hodiernæ maximopere intersit, ut probe secernamus ea, quæ Romanorum institutis unice conveniunt, ab iis

jus

jus terminandi controversias domesticas. *l. 3. & 4. C. de patr. pot. l. 17. ff. pr. de furt.* 2.) quod quicquid acquirunt liberi ex re patris, patri acquiratur; quod vero aliunde liberis obvenit (extra peculium castrense) in eo pater usumfructum habet r. *§ 1. I per quas person. cuique acquir.*

quæ cum Germanorum moribus concordant. quandoquidem alia ratione neque inextricabilis divorsorum jurium confusio, neque perniciosissima legum applicatio evitari queat, in argumento certe de Patria Potestate cavendum est sedulo, ne nimia juris Romani veneratio incautos a vero tramite deducat. Ipse Justinianus fatetur in *§. II. J. de Patr. Potestat.* Jus potestatis, quod in liberos habuerunt Romani, proprium fuisse civium Romanorum, nec alios fuisse homines, qui talem in liberos habuissent potestatem, quam Romani. Quale ergo jus fuit Patria Potestas Romanorum? Pluribus verbis eius naturam indicat Dionys. Halicarn. *Antiquit. L. II. c. XXVII. sq.* quem locum integrum dedit Thomasius *in Diss. de quasi emancip. Germanor. §. III.* Uno verbo eam majestatem patriam nominat Valerius Maximus *Lib. VII. cap. VII. n. 5.* Invictissimis rationibus porro, patriam potestatem dominium in liberos proprie sic dictum fuisse, demonstrat Bynckershoeck de *jure occidendi liberos Oper. Tom. II. p. 110. sqq.* Ut me paucis expediam, Patria Potestas Romanorum erat dominium patri competens in personas & bona liberorum, ad communem familiæ utilitatem. Liberi igitur rebus annumerabantur, Cajus *Lib. I. Institut. Tit. VI. §. III.* & servilis conditionis erant, Servius *ad Virgilium L. XI. Aeneid. vers. 143.* Imo deterioris adhuc in quibusdam conditionis, quam servi. Servus enim semel adepta libertate liber manebat. Liberi autem a patre venditi & iterum manumissi in potestatem patris recidebant, & impetrata tandem tertium libertate ex potestate patris exibant Heineccius *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. IX. §. VI.* Servus etiam permissu domini de peculio testabatur, liberi non æque, *pr. J. quib. non est permiss. fac. testam.* Res itaque cum fuerint liberi, quid mirum, quod pater eos vindicare, *L. I. §. 2. D. de Rei vindic.* exponere, vendere, occidere, omniaque ea decernere potuerit, quæ de re, quæ in nostro dominio est, licent? quamvis, ne quid dissimulemus, ad necem liberorum progressum esse patrem absque ratione, vel ideo vix probabile est, quia frequentes Romæ erant arrogationes, in quas procul dubio nemo facile consensisset, si adeo crudele jus fuisset patria potestas, ut sola sævitia fuisset conspicuum. Quid porro mirum, liberos nil habuisse proprii, sed omnia patri acquisivisse? Quid mirum, Patris potestatem fuisse perpetuam, nec unquam expirasse, nisi volente patre? Quid mirum, quod non in liberos solum primi gradus, sed in nepotes quoque, pronepotes & abnepotes patri potestas competierit, *§. III. J. de Patr. Potest.* cum naturale sit, ut ejus sit accessorium, cujus est res principalis. Verum & hoc ex definitione patet, matri in liberos nullam competiisse potestatem, cum & ipsa in potestate esset mariti, nec melior ejus, quam liberorum, conditio, quod contra Thomasium evicit Heineccius *d. tr. Lib. I. Tit. X. §. VI sqq.* Solæ publicæ causæ patris potestati erant exemtæ, earumque intuitu filius familias habebatur pro patre familias. *L. IX. D. de his, qui sui vel alien jur. sunt.* Quam varia vero ratione mutato Reipublicæ statu jus patris fuerit circumscriptum, id ab aliis satis actum studio omittimus.

r) Ad hos quidem cancellos, sublato plane jure ter venundandi liberos per *L. I. C. de patrib. qui filios distraxer. L. I. & II. C. Theodos. de aliment. quæ inop. parent. e publico peter. deb.* revocata est patria potestas, ut omne jus patris in liberorum personam in facultate castigandi, si de negotio domestico sermo esset, desineret, jus puniendi filium delinquentem vero magistratui relinqueretur *L. unic. C de emendand. propinquis*, jus e contrario in bona liberorum solo usufructu absolveretur. Reliqui autem Patriæ Potestatis effectus mutationi haud fuerunt obnoxii, & cum ipso Jure Romano ad nostra usque pervenerunt tempora, nec exiguam auctoritatem in decidendis Germanorum controversiis, applaudente Doctorum turba, sibi vindicant, qua de re singulis locis videbimus. Quiequid tamen ejus rei sit, jura patris Romani cum matre nunquam communicarunt *§. X. J. & L. V. C. de adoptionib.* At Germani mitiores fuere, & prærogativam quidem illam, quæ patri, ut capiti familiæ debetur, omni tempore agnoverunt, nec ideo dubitarunt, quin in domesticis negotiis illi decisivum, matri vero deliberativum solum vo-

III. PRAETEREA in genere liberi parentibus, tam patri quam matri, obedientiam & reverentiam exhibere debent; parentes vero, tam pater, quam post hujus mortem mater [r], liberos alere & sustentare debent vid. *tot. tit. de agnoscend. vel alend. lib.* Hinc & matri, quia liberos alere tenetur, ususfructus bonorum, quæ ad liberos pertinent, secundum jus Saxon. commune conceditur [t]. vid. RICHTER. *Decis.* 18. add. CARPZOV. *tr. de jure fœmin.* Aliud obtinet in Electoratu Saxon. vid. *Decis. Elect. novis.* 62. Inopes vero parentes liberi alere tenentur.

IV. PATRIAE potestatis tres sunt causæ: 1.) Justæ nuptiæ, 2.) Legitimatio, 3.) Adoptio.

ADDE sis *Lib. I. Instit. Tit. IX. de Patria Potestate.*

rum assignarent, quosdam etiam effectus potestatis ex Jure Romano descendentes, eos maxime, qui in doctrina de testamentis occurrunt, v. c. tutoris dationem, substitutionem pupillarem, soli patri reliquerunt. Cæterum idem jus matri in liberos competere, quod pater exercet, eo firmiori fundamento defendunt, quo certius constat, hoc ipsum ad juris naturæ rationem quam proxime accedere, ut potestas in liberos jure eos educandi, & actiones eorum ad familiæ & Reipublicæ utilitatem dirigendi absolvatur. Add. LYNCKERI *Diss. de potestate matria*. Educatio vero utrique parentum incumbit, & alimentandi onus complectitur. Quis vero absque imperio neque expediri, neque directio actionum effectum habere possit, sua sponte sequitur, ea a parentibus adhiberi posse media, quæ fini obtinendo inserviunt. Præterea pater, educationis fine cessante, ipsam cessare potestatem, haud vero cessare reverentiam & gratitudinem ex parte liberorum, sed eos beneficium ipsis præstitum per omnem vitam grata mente recolere debere.

*s*) ANNE vero pater statim ad subministranda alimenta obligatus est, simulac filius nascitur? Certe *L. I. §. XV. D. de agnoscend. vel alend. liber.* non distinguit. Putant tamen nonnulli, auctoritate *L. IX. C. de Patr. Potest.* suffulti, illam generalem dispositionem ita temperandam esse, ut, quod ad tres priores annos, matri soli educatio infantis relinquenda sit, nec ideo stupratorem in alimenta infanti præstanda prius, quam præterlapso illo triennio, condemnari posse. Et hanc opinionem, memini, in Ducatu Altenburgico peculiari Rescripto d. dato d. XX. Decemb. MDCCXXVIII. approbatam, & simul, quod obiter moneo, necessitatem per reliquum temporis spatium spurium alendi, post hujus annum duodecimum patri remissam esse. Sed vidit jam BERGER *Resolutionibus Lauterbach. p.* *n.* 495. legem Codicis allegatam de alimentis lactis materni accipi debere, ideo autem obligationem patris, reliquos sumtus pecuniarios subministrandi, non cessare. Et hanc interpretationem sequi Legislatores Anhaltinos, testatur ORDINAT. PROVINC. PRINCIP. ANHALT. *Tit. VIII. §. Wenn aber.*

*t*) EADEM ratione statuta civitatis Jenensis matri prospicere, cognovi ex Statut. Jenens. *Tit. XXV. cap. I. §. VIII.* Nec res ipsa ratione caret, sive fundamentum ususfructus in potestate parentum in liberos colloces, sive eundem in compensationem oneris alendi parentibus assignes. In utroque enim casu mater usumfructum optimo jure sibi vindicabit, cum & eandem potestatem ex Jure Naturali in liberos exerceat, quam pater, & onus alendi liberos in subsidium recipere debeat. Imo ne cessabit quidem ususfructus, etiamsi mater ad secunda vota transeat. Non enim simpliciter mater, quæ vitricum liberis superinducit, ab educatione pupilli excluditur, sed personarum qualitatem inspici jubet *L. I. C. ubi pupill. educ. deb.* adde CARPZOV. *P. II. Const. XI. def. XIV.* BRUNNEMANN. *ad L. ult. C. de contr. Tutel. judic.* Quodsi itaque mater educationem liberorum continuare velit, & quicquam illi, ne continuet, haud obstet, nec ususfructus eidem erit denegandus, quem in modum Scabini Jenenses responderunt Mens. August. 1736. In aliis vero provinciis, ubi ususfructus matri denegatur, educatio quidem pupilli matri relinqui solet, non tamen ideo jus fructus ex bonis liberorum indistincte percipiendi, sibi vindicare potest, sed judex potius, ut certam alimentorum causa erogandam quantitatem determinet, adeundus est. Et ita laudati JCti Jenenses pronuntiarunt ad requisitionem *der Stiffts-Canteley zu Quedlinburg* M. Maji 1736.

# TITULUS VI. DE SPONSALIBUS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Nuptiæ, quas præcedunt Sponsalia, quæ definiuntur & distinguuntur.* L. 15. ff. t. 1. de Sponsalibus. II. *Sponsalia celebrantur inter sponsum & sponsam adhibito parentum consensu.* III. *Clandestina sponsalia non obligant sed publica.* IV. *Nisi clandestinis accesserit concubitus.* V. *Sponsalia prohibentur ratione cognationis in linea recta.* VI. *In linea collaterali, ubi est respectus quasi inter parentes & liberos.* VII. *Præter istas etiam inter alias personas prohibentur sponsalia & nuptiæ in linea æquali & inæquali.* VIII. *Ratione affinitatis 1. in linea recta adscendente ratione maris.* IX. *Ratione fœminæ.* X. *In linea descendente ratione maris.* XI. *Ratione fœminæ.* XII. *2. in linea collaterali inæquali.* XIII. *3. in linea collaterali æquali in primo affinitatis gradu;* XIV. *quæ probibitio non extendenda ad cognatos mariti & cognatos uxoris inter se invicem;* XV. *4. in secunda affinitatis gradu linea collateralis æqualis;* XVI. *5. jure Electorali Saxonico etiam tertius gradus est probibitus.* XVII. *In casibus humano, non divino, jure probibitis licita est dispensatio.* XVIII. *A sponsalibus non licet recedere, & datur inde contra refractarios actio.* XIX. *Aliquando tamen illa, ob urgentes caussas, dissolvuntur.* L. 24. ff. t. 2 de divort. & repud. XX. *Bina sponsalia celebrans punitur; priora tamen regulariter sunt servanda.*

I. NUPTIAS præcedere solent sponsalia, quæ secundum Jus Romanum sunt mentio & repromissio ᵘ futurarum nuptiarum ˣ. *l. 1. ff. de Sponsal.*

u) ERGO Sponsalia sunt pactum ab aliis conventionum generibus fine solum differens & effectu. Nec ullam dubitandi video rationem, quare regulæ generales de pactorum validitate & duratione ad pactum sponsalitium non possint vel debeant applicari. Character enim ille spiritualitatis, quem Pontificii matrimonio, ut Sacramento, affingunt, & vi cujus causas matrimoniales aliter plane considerant, quam pactorum natura postular, nec verus est, nec a Protestantibus agnoscitur. Et si cum Theologis & JCtis Protestantium spiritualitatem matrimonii, contra genuinam verbi ipsius significationem inde derivare malis, quod jurisdictioni & potestati Ecclesiasticæ subjecta sint matrimonii negotia ex majorum nostrorum institutis & recepta constantissima consuetudine; non tamen ideo ea incaute in foris Protestantium ad exemplum sunt trahenda, quæ reliquias sacramenti redolent, & a STRYCKIO *in Diss. de reliqu. Sacram. in matrim.* enumerantur, nec privilegium fori eam poterit habere vim, ut sponsaliorum validitas aliunde, quam ex natura pactorum, æstimanda veniat; Imo ipsa Praxis confirmat, quod in sponsalibus ea adesse debeant, quæ pacta valida reddunt, ea vero obligationi sponsalitiæ obsint, quæ pactorum efficaciam vel remorantur, vel tollunt. Igitur I) non valent sponsalia ab iis contracta, qui consentire nequeunt, II) Dolus & error in essentialibus Sponsalia vitiant, III) Consensus liber esse debet, metusque nulla reddit sponsalia, IV) Mutuus etiam sit consensus necesse est. Semel tamen pure datus pœnitentiam omnem excludit, & sic quidem V) tractatus sponsalitii non obligant, nec VI) sub conditione celebrata prius perfecta sunt, quam conditio existat, non tamen VII) validitati sponsaliorum quicquam decedit, etiamsi consensus cum aliqua celebritate non fuerit declaratus; eatenus vero, si obligationem spectes, pactum futurorum sponsaliorum, ipsumque pactum sponsalitium ab invicem non differunt. TITIUS *in der Prabe des geistlichen Rechts Lib. IV. cap. I. §. 6. & 32.* WERNHER *binis Dissertationibus de pactis futuror. sponsalior.* Quæ enim THOMASIUS contra disputat, vix alium casum præsupponunt, quam id inter partes actum esse, ne statim obligarentur. Porro VIII) dubium non est, quin consensus sponsalitius & expresse & tacite declarari possit. Verum & hoc IX) negare non audeo, omnem sponsalia amittere vim, si res postea in eum perveniat statum, unde initium habere non potuit, cum omni obligationi ex conventione insit clausula: rebus sic stantibus, & in eodem statu manentibus. WERNHER *P. III Obs. CCXXXIV.* Imo X) sponsalia mutuo dissensu iterum solvi, Ipsum jus Pontificium agnoscit *c. 2. X. de sponsalib.*

x) INDE satis patet, non dari sponsalia nisi de nuptiis aliquando ineundis, & diversa omnino esse sponsaliorum & matrimonii jura,

Ex jure Canonico autem sponsalia distingui solent in sponsalia de præsenti & de futuro. *c. pen. x. de sponsal.* Hæc vocantur, quando sub conditione [y] promissio conjugalis celebratur. Illa vero sunt, ubi jam adest præsens conjugium absque ulla dilatione: ita ut solum solennis benedictio sacerdotalis seu copulatio sequatur in Ecclesiis [z].

vid. BOEHMERI *Dissert. de diverso sponsal. & matrimon. jur.* Manent etiam diversa, utut in quibusdam articulis paria uxoris & sponsæ, mariti & sponsi videantur jura. Quæ tamen caveas ad hanc revoces regulam, quod sponsus & sponsa jure conjugum in favorabilibus utantur, cum illa neque universe, neque semper vera sit. Hoc autem diffiteri non possum, in iis argumentis, ubi eadem matrimonii & sponsaliorum est ratio, cingendum haberi posse pro cincto, & sponsam pro uxore. Sic par sine dubio adest ratio, I) si prohibitiones nuptiarum spectes, *L. V. & XVI. de sponsalib.* II) Si sponsa dotem sponso jam intulit, habebit enim de dote actionem, *L. VII. D. de rit. nupt. L. LXXIV. D. de jur. dot.* habebit etiam jus prælationis in bonis mariti, *L. XVII. § I. de reb. auctor. judic. possid.* III) Si violationem fidei matrimonialis spectes, & sic sponsa alteri copiam sui faciens adulterium committit *L. XIII. §. III & VIII. ad L. Jul. de adulter.* Sic etiam duas sponsas eodem tempore habere non licet, *L. I. de his, qui notant. infam.* Sic porro sponsa deserta pro consequendis alimentis in sponsi bona immittitur *L. XV. C. de jur. dotium.* IV) Si præsumtum affectum consideres. Quare testimonium sponsi vel sponsæ pro se invicem vacillat, in locum actionis furti actio rerum amotarum substituitur, sponso injuriam sponsæ illatam ulcisci permittitur *L. XV. §. XXIV. D. de injur. L. I. §. ult. Eod* imo reciproca successio sponso sponsæve, si alii hæredes ab intestato desint, non denegatur WERNHER *P. III. Obs. XXXIII.* V) Si liberos ex desponsatis natos respicias. Hi enim tanquam ex legitimo matrimonio nati legitimi habentur per rationem *L. XXX. de Regul. Jur.*

y) QUOD matrimonium sub conditione possibili promitti possit, nemo negat. Nescio autem, quid in mentem venerit Doctoribus, ut in casu conditionis impossibilis vel turpis adjectæ stricte sequerentur *cap. fin. X. de condition. apposit.* atque illas conditiones, quæ contra leges matrimonii impingerent, sponsalia vitiare putarent, eas vero, quæ legibus in genere contrariæ vel facto etiam impossibiles essent, in favorem matrimonii pro non adjectis haberent. Nam certe omnis doctrina de sponsalibus conditionatis ex natura conventionum conditionalium dependet. Cumque in actibus inter vivos consensus adjecta conditione impossibili vel turpi desit, merito hujus generis conditiones, qualescunque sint, pactum sponsalitium vitiant. Conf LUDOVICI *Dissert. de condit. sponsalior. impossibil.*

z) ITA certe nostrates sponsalia de præsenti ab illo actu, quo matrimonium ipsum contrahitur, separant, & sponsalia de futuro a pacto de futuris nuptiis distinguunt, ea quidem ratione, ut huic non sponsalibus de futuro obligationem inesse dicant. Ne vero desint sponsaliorum de futuro exempla, tractatus primo nominant sponsalitios, his sponsalia impuberum addunt, & demum sponsalia conditionata in eandem classem referunt. Incongrue satis, & contra mentem Juris Canonici. Hoc enim jus sponsalia de præsenti, quæ diversum ab ipso matrimonio effectum habeant, penitus ignorat, sponsalia etiam de futuro, quæ obligationem nullam producant, nescit, sed ista magis sponsalia, quando de futuro matrimonio promissio fit, de futuro appellat, & vera sponsalia *c. II. & XXXII. X. de Sponsal.* Nostrates itaque hic summa imis miscent, cumque ea, quæ de sponsalibus de futuro in Jure Canonico dicuntur, ad nostra sponsalia de præsenti applicare deberent, novam sponsaliorum speciem sibi forment, & definitionem ad ea negotia, quæ Jus Canonicum ne sponsalibus quidem annumerat, applicant, quod perspicue docuit BOEHMER *Diss. de incongr. Prax. distinct. inter sponsal. de præs. & de futur. in terr. Protestant.* Nam neque tractatus nudi, neque sponsalia impuberum sponsaliorum nomen tueri possunt, quia nullum plane producunt effectum, liberamque cuilibet parti relinquunt ab iis iterum recedendi facultatem. *c. VII. & VIII. X. de despons. impuber.* Sponsalia autem conditionata de futuro quidem dicuntur, non alia tamen ratione, quam quia contrahentes sibi fidem de futuro promittunt. Cæterum vera sponsalia sunt, & ad expectandum conditionis eventum omnino obligant. Idque cum omnibus reliquis pactis commune habent. Nec mera logomachia est hæc de Praxi perversæ distinctionis allegatæ observatio, sed falsas, easque merito ex nostris foris eliminan-

II. Ut sponsalia subsistant, non solum personarum, quæ sibi invicem despondentur *L.4. ff. de sponsal. c.23. x. de sponsal.* (*ubi de muto*) sed etiam parentum consensus [a] requiritur; attamen parentes non debent liberos contra ipsorum voluntatem, ad hanc vel illam personam, matrimonio sibi jungendam, cogere. *l.21. & 22. de ritu nupt.* Neque etiam sine justa caussa consensum facile denegare. *l.19. d. t. de rit. nupt.* Add. CARPZ. *l.2. Jurispr. Consist. tit.3. def. 52. 53. 57.* RICHTER. *dec.8. n.49. & 52.*

III. PROHIBITA vero sunt, & nullum effectum habent sponsalia clandestina, sed publica solum obligant. Dicuntur vero publica, quæ consensu parentum inita, vel si parentes non sint in vivis, in præsentia saltem duorum testium celebrata [b] add. *tot. tit. Decretal. de clandest. sponsal.*

IV. Si tamen clandestinis sponsalibus accesserit concubitus, tunc illa regulariter sunt consummanda [c], licet parentes viciatoris dissenserint: non quod concubitus

das, produxit conclusiones. Cum enim ea, quæ de sponsalibus de futuro dicuntur, ad nostra sponsalia de præsenti essent applicanda, & sic I) juramenti delationem contra sponsalia, vi *cap. II. X. de sponsalib.* permittere, II) transactiones contra matrimonium, ut & III) compromissum in caussis matrimonialibus tolerare, IV) coacta matrimonia vi *c.XVII. X. de sponsal.* evitare deberemus; nos potius in omnia alia ire, & præterea ipsam doctrinam de sponsalibus mirifice turbare solemus.

*a*) JURE Romano Patris consensus de necessitate requirebatur *pr. J. de Nupt.* Nostris moribus magis ex jure reverentiali dependet, & sic nec matris consensus negligendus. Quod autem essentiam matrimonii non ingrediatur iste consensus, inde constat, quia I) dissensus non attenditur, nisi justis causis munitus, II) consensus iste a Consistorio suppleri potest, III) matrimonium dissentientibus & invitis parentibus contractum non rescinditur. Interim cum liberi negligentiores in impetrando consensu parentum & leges gratitudinis & reverentiæ violent, & parentes contumelia afficiant, justas existimo & æquas esse leges istas provinciales, quæ inter justas consensum denegandi causas hunc parentum contemtum referunt, parentibusque facultatem concedunt, liberos ingratos exhæredandi. CARPZOV. *Jurisprud. Eccles. Lib.II. def. LIV.* add. tamen BERGERUM *Oec. Jur. Lib.II. Tit.IV. §.XIV. not.IV.* Patris tamen adhuc hodie hoc in argumento semper potior ratio est, nec dissensus matris, illo consentiente, quicquam operabitur LEYSER *Specim XVIII. med. II. seq.* & *Specim. CCXCI. med. VII.* In genere vero, doctrina de consensu parentum adhibendo, ejusque, si denegatus est, effectu, cum aliis solennibus, quæ in sponsalibus valide celebrandis adhibenda sunt, hodie non tam ex Jure Romano & Canonico, quam ex ordinationibus provincialibus & matrimonialibus addiscenda est, quas sæpius legimus & ascendentium & propinquorum, & curatorum consensum ad validitatem sponsaliorum requirere. Ejusmodi leges speciales refert MYLERUS *in Gamolog. cap. II. & III.* BERGER *Oecon. Jur. Lib.I. Tit.I. §.VI. not. VIII.* & *in Supplement. ad Elect. Discept. Forens. P.II. p 1856.*

*b*) VERUM, quia mores in determinanda forma sponsaliorum mirum in modum variant, potius dixeris, publica sponsalia esse, quæ observatis omnibus solennitatibus a lege præscriptis inita sunt; uno vero alterove neglecto clandestinitatem oriri. Fieri enim potest, ut & consensus parentum adhibeatur, & testes interveniant, sponsalia vero nihilosecius obligatione careant, si reliqua formalia negotii fuerint omissa. Ubi vero parentum consensus sufficit, testes præsentes prius adhiberi non debent, quam si uterque contrahentium parentibus est orbatus.

*c*) ITA in Consistoriis, quousque lex specialis non obstat, pronunciari solet, ex auctoritate forsan CARPZOVII *Lib.II. Jurispr. Consist. def.LX.* Sed verius est, vitium clandestinitatis ex subsecuto concubitu non purgari. Et de Jure quidem Romano res certa est *L.XI. de stat. homin. ser. & § XII. J. de Nupt.* Sed cum hodie in matrimonialibus Jus Canonicum Romano præferatur, videbimus, an ista opinio aliquid præsidii sibi exinde promittere possit. Provocant *ad c. XXX. X. de Sponsalib.* Legimus ibi sponsalia pura per concubitum transire in matrimonium. Verum hic præsupponi, in ipsis sponsalibus omnia ordinata & ex præscripta forma facta esse, *Concilium Tridentinum* docet *sess. XXIV. de reformat.*

clandestina sponsalia reddat licita, sed quod ita succurratur vitiatæ, quæ spe matrimonii promissi ad concubitum adducta censetur: ex qua ratione apparet, quod, si vitiatæ parentes causas justas habeant, ob quas vitiatori filiam denegare in matrimonium persistant, ejusmodi clandestina sponsalia etiam hoc casu effectum non habeant, v. g. si inferioris cujusdam conditionis juvenis viri cujusdam magni nominis filiam induceret dolo ac persuasionibus ad connubium secum ineundum, & postmodum etiam ad concubitum; parentes inviti haud tenentur filiam in matrimonium ipsi collocare. Vid. eleganter JOH. A SANDE *Decis. Fris. l.2. tit.1. def.4.* Add. CARPZOV. *Jurispr. Consist. l.2. def.6. n.9.* RICHTER. *dec.8. num. 55.94. & 95.* DEDECKEN. *Cons. Theolog. vol.3. l.2. sect.4. num. 21.22.23. & 24.* KITZEL *Syn. Matrim. c.4. theor.5. lit.d.*

V. NOTANDUM porro est, quod quædam personæ propter propinquitatem, vel ratione cognationis [d], vel ratione affinitatis, sponsalia inter se celebrare prohibean-

*matrimon. cap.I.* Instas, Protestantes Concilium Tridentinum gravissimis ex causis repudiare. Concedo. Sed & mihi concedes, negotium, in quo celebrando forma neglecta est, ipso jure nullum esse. Et, si nullum est, concubitus certe sponsalibus clandestinis accedens novam obligationem introducere, formamque omissam supplere non poterit. Ne dicam, admissa opinione contraria & id necessario sequi, privatos facto suo legi prohibitivæ omnem efficaciam impune adimere posse. Et sic omnis Legislatorum cura in determinanda negotiorum forma esset inutilis. Idque Lutherum ipsum agnovisse testatur SECKENDORFF *in histor. Lutheran. Lib.III. cap.XXVI.* Magni itaque facio pietatem Legislatorum, qui ejusmodi sponsalibus concubitu firmatis non omnem solum denegant efficaciam, sed & transgressores legis pœna promeritа afficiunt. Ea vero ratione sponsalia per concubitum in matrimonium transire non puto, nisi sponsalia ipsa vera & valida præcesserint.

*d*) COGNATIONEM vocant vinculum personarum ab eodem stipite descendentium, carnali propagatione contractum. In ipsa vero prohibitione Jura humana non simpliciter ad hanc vel illam personam respiciunt. Sed ob paritatem rationis a casibus expressis ad casus similes non expressos argumentantur, quod, an etiam Jure divino procedat, postea videbimus. Ista vero ratione necessitatem JCtis imposuerunt, ut, antequam de ipso matrimonio, an prohibitum esset, judicarent, graduum instituerent connumerationem, id est, viderent, quam longe distaret persona, de cujus matrimonio quæritur, ab illa, quam conjugem exoptat. Hæc autem connumeratio, ut facilius perageretur, Doctores movit, ut lineas certas fingerent, personasque ab invicem descendentes sibi serie non interrupta subordinarent, cuilibet generationi sub communi stipite peculiarem lineam assignantes, illi vero reliquas generationes substituentes. Sicque factum est, ut memoriæ causa distinguerent lineam rectam ab obliqua sive collaterali, atque illam assignarent personis, quæ vel nos generarunt, vel quas nos generavimus, proavo nimirum, avo, patri, filio, nepoti, pronepoti, hanc vero personis, quæ se invicem quidem non generarunt, ab eodem tamen stipite descendunt, fratri scilicet, sorori, eorumque liberis. Ut autem fundamentum omnis connumerationis est generatio, ita & de eo dubium non est, quod quælibet generatio Jure Civili unum faciat gradum, & ideo omnes generationes numerandæ sint, quotquot in utraque linea exstant, quando de prohibito matrimonio sermo est. Ipsa vero prohibitio juris civilis duabus hisce absolvitur regulis: I) In linea recta matrimonium prohibetur in infinitum, II) In linea collaterali prohibitio ultra tertium gradum non extenditur, nisi respectus parentelæ simul concurrat, id est, quando persona, de cujus matrimonio quæritur, communi stipiti immediate subest, eamque loco parentis venerari debemus. Quapropter nullum Jure Civili est impedimentum, ne fratrum vel sororum liberi se invicem matrimonio jungant. Aliter quidem se res habet Jure Canonico, quod hodie in matrimonialibus sequimur. Nam hoc matrimonium usque ad quartum gradum prohibet, & generationes haud ex utraque linea connumerat, sed eas solum, quæ in una linea, eaque, si ad alteram refertur, longiori extant, ut sic duo gradus Juris Canonici unum gradum Juris Civilis faciant; Cujus inventi ratio merito a cupidine habendi, & ærarium Pontificis locupletandi per Bullas dispensationis derivanda est; cum præsertim inter illustres per-

tur, nimirum ratione cognationis 1.) prohibentur ſponſalia & nuptiæ in linea recta inter aſcendentes & deſcendentes in infinitum. Ita in linea aſcendente filius interdicitur ſibi matrimonio jungere 1. matrem, aviam maternam & paternam 2. proaviam &c. Similiter filia, patrem, avum &c. Eadem ratione in linea deſcendente pater non poteſt ſibi jungere filiam, neptem. Similiter nec mater, filium, nepotem.

VI. 2.) PROPTER cognationem in linea collaterali conjugium prohibetur inter perſonas, quæ ſe, quodam reſpectu, ut parentes & liberi habent. Habet ſe vero inſtar parentis, qui ſtipiti (*e.g. avo*) a quo uterque (*e.g. pater meus, ejuſque frater*) originem trahit immediate ſubeſt; (*e.g. patruus meus*). Ejuſmodi perſonæ ſunt avorum vel parentum fratres ſororesve, quippe quæ in propinquitate proximum a parentibus occupant locum.

HINC propter cognationem, in linea collaterali ſurſum computando, interdicitur matrimonium, ut quis non poſſit illud celebrare 1.) cum amita, vel matertera 2.) amita magna, vel matertera magna. Similiter fœmina non poteſt nubere 1.) patruo, vel avunculo. 2.) patruo magno, vel avunculo magno. Similiter deorſum quis non poteſt ducere in uxorem, quæ eſt ipſi inſtar filiæ, nimirum 1. fratris ſororisve filiam. 2. fratris ſororisve neptem. 3. fratris ſororisve proneptem. Eodem modo fœmina non poteſt nubere 1. fratris ſororisve filio 2. fratris ſororisve nepoti 3. fratris ſororisve pronepoti.

VII. 3.) PRAETER perſonas, quæ dicto modo ſe habent, in ſpecie in linea collaterali æquali prohibentur nuptiæ in primo & ſecundo gradu conſanguinitatis, ſecundum computationem canonicam. Nimirum 1. inter fratres & ſorores, tam germanos, quam conſanguineos, ſeu uterinos, §.3. *I. de Nupt. l.8. l.14.* §.2. *l.54. ff. de rit. nupt.* 2. inter conſobrinos ſec. jus canon. *c.* 8. *x de conſ. & affin.* & hodiernas conſtitutiones: *ſecus ac jure civili l.* 19. *C. de nupt.* §. 5. *I. de nupt.* Porro in linea inæquali uſque ad tertium gradum, hoc incluſo, nuptiæ prohibentur. Ita quis non poteſt in uxorem ducere patrui vel avunculi filiam, vel fœmina non poteſt matrimonium inire cum patrui vel avunculi filio, nepoteve &c. In tertio vero gradu lineæ æqualis matrimonium admittitur: v.g. permiſſum eſt inter fratrum & ſororum nepotes & neptes. In nonnullis tamen locis hujuſmodi caſibus diſpenſatio a Principe eſt impetranda.

VIII. RATIONE affinitatis [e] hodie prohibentur nuptiæ 1.) inter eas perſonas, quæ ſe quodam reſpectu habent in linea recta ut parentes & liberi: ſeu quæ alter-

ſonas vix quiſquam de matrimonio cum alia perſona æque illuſtri ineundo cogitare poſſit, quin diſpenſatione Pontificis ob propinquitatem opus habeat. Aliter etiam ſeſe res habet moribus noſtris, quibus mox ſecundum, mox tertium gradum computationis Canonicæ prohiberi videmus: Verum enim vero, ut ipſa prohibitio ab arbitrio Legislatoris humani dependet, ita e contrario omnes in eo conſentiunt, quod, quando de jure Principis diſpenſandi in caſibus prohibitis ſermo ſit, ad computationem Juris Civilis recurrere debeamus, quippe quæ, hoc ſolo excepto, quod paritatem rationis reſpiciat, cum prohibitione juris divini coincidit. Et ſic matrimonia inter fratrum & ſororum liberos diſpenſationem admittere nemo negat.

*e*) AFFINITAS eſt conjunctio unius conjugis cum cognatione alterius conjugis ex conſummatis per concubitum nuptiis orta. Nec hic juridice diverſa ratio eſt, ſi concubitus illegitime exercitus ſit, cum & ex illegitima conjunctione affinitas oriatur. Ex ipſa vero definitione patet, in dijudicanda quæſtione, an adſit affinitas, ad unicam hanc regulam eſſe reſpiciendum: Maritum

utrius conjugis sunt ascendentes & descendentes in dicta linea recta. Respectus enim iste venit ex analogia cognationis. Sic in linea ascendentium in primo gradu, in quocunque genere affinitatis filius, vel potius privignus, non potest matrimonium inire 1. cum noverca, cum uxoris suæ matre aut noverca, nimirum vidua soceri sui, 3. cum socru, 4. cum patris sponsa, futura scil. noverca, 5. cum sponsæ uxorisve suæ matre. Porro in secundo gradu non potest quis nuptias celebrare, 1. cum novercæ suæ matre, 2. cum vitrici sui matre, similiter 3. itidem in secundo gradu, cum prosocru seu uxoris suæ avia, 4. cum patris matrisve noverca. Eadem ratione in tertio gradu 1. cum novercæ avia, 2. vitrici avia, nec non in quarto eodem gradu, 3. cum uxoris proavia, vel etiam 4. cum proavi vidua, seu aviæ noverca, 5. cum avi noverca.

IX. SIMILITER fœmina non potest propter affinitatem matrimonium inire 1. cum vitrico, 2. cum defuncti mariti vitrico, 3. cum socero, 4. cum defunctæ matris relicto sponso, vel etiam 5. sponsi patre, cujus nimirum filio hæc fœmina erat desponsata. Sic etiam in secundo gradu 1. cum novercæ patre, 2. vitrici patre, 3. & quidem in eodem gradu, cum defuncti mariti avo, seu paterno seu materno, 4. cum aviæ relicto viduo h. e. patris matrisve ipsius vitrico. Porro in tertio gradu etiam prohibentur nuptiæ 1. cum novercæ avo, 2. cum vitrici avo, 3. cum mariti proavo, & etiam in eo gradu 4. cum avi aviæve vitrico.

X. SIC etiam in linea descendente propter superius traditam regulam, nuptiæ prohibitæ sunt ita, ut vitricus non possit ducere in uxorem in primo gradu 1. privignam, 2. privigni viduam, 3. nurum vel sponsam filii defuncti. In secundo gradu 1. privigni privignæve filiam, 2 nepotis viduam. Ut & in tertio gradu 1. privigni privignæve neptem, 2. nepotis viduam.

affinem fieri cognatis suæ uxoris, uxorem affinem fieri cognatis sui mariti. Utriusque vero conjugis consanguineos non fieri affines. Inde enim porro sequitur, inter consanguineos uxoris & mariti nullam esse prohibitionem, nuptiasque inter duos fratres, duasque sorores, interque comprivignos omni jure permitti. Tria vero affinitatis genera Doctores constituere solent, ideo præsertim, quia, ubi vera affinitas adest, leges humanæ nonnunquam prohibitionem ad tertium genus extendant. Primum genus illud ipsum est, quod antea definivimus. Si deinde persona, quæ primo genere affinitatis mihi jam juncta est, se denuo matrimonio interveniente conjungat cum extranea persona, hæc cum cognatis suis mihi in secundo genere affinitatis jungitur. Tertium genus oritur, si Persona, quæ mihi affinitate in secundo genere juncta est, iterum cum persona extranea matrimonium contrahit. Demum ad ipsas prohibitiones ob affinitatem magis perspicue cognoscendas Doctores doctrinam de gradibus ad affinitatem applicarunt, quamvis hæc illos proprie non admittat, cum generatio gradum constituat. Ita tamen graduum connumeratio ab illa, quæ fit in consanguinitate, sese distinguit, quod maritus & uxor semper habeantur pro una persona. Et hac ratione fundamentum connumerationis ita strui solet: Quoto gradu quis mihi junctus est in consanguinitate, toto gradu etiam in affinitate: Ut itaque pater & filius consanguinei sunt in primo gradu, ita & vitricus & privignus affines sunt in primo gradu. Ipsam denique prohibitionem, quatenus indispensabilis est, his regulis absolvi posse, res ipsa docet: I) In primo genere affinitatis, & quidem, si lineam rectam spectes, matrimonium æque ac in consanguinitate in infinitum est prohibitum. II) In linea collaterali secundus iterum & tertius gradus computationis civilis prohibitus est, vel secundus lineæ inæqualis computationis Canonicæ. Ulterius quidem procedit prohibitio humana, sed cum Principes sibi legem hanc ita non dixerint, ut dispensatio excluderetur, reliquas prohibitiones, quæ commodius ex ipso fonte prohibitionis, legibus nempe provincialibus hauriuntur, huc transscribere nolo.

XI. Ex

XI. Ex eadem ratione fœmina non poteſt nubere in primo gradu 1. privigno, 2. privignæ viduo, 3. genero vel etiam ſponſo defunctæ filiæ. In ſecundo gradu 1. privigni privignæve filio, 2. filii filiæve genero. In tertio gradu 1. privigni privignæve nepoti, 2. neptis nepotisve genero. Omnes enim hactenus enarratæ perſonæ affines ſunt loco filiarum filiorumve, adeoque, ipſa recta ratione dictante, a carnali commixtione cum his abſtinendum eſt.

XII. 2.) Ob ſimilem reſpectum prohibentur nuptiæ inter affines in linea collaterali inæquali: quando nimirum perſonæ, quæ marito uxorive conſanguinitate ſunt junctæ, quaſi ſe habent ut parentes & liberi. Nam qua conjux ſuis conſanguineis conſanguinitate jungitur, eadem & alter conjux iisdem affinitate *l.4. §.3. ff. de gradib.* Hinc maſculus in linea aſcendente non poteſt ducere uxorem 1. ſoceri, ſocrusve ſororem; vel etiam patrui viduam, vel avunculi viduam, 2. patrui magni viduam. Similiter in linea deſcendente quis non poteſt ducere in uxorem 1. fratris ſui ſororisve filii viduam, 2. uxoris ſuæ fratris ſororisve filiam; vel etiam fratris ſororisve filii viduam. 3. nepotis ex ſorore viduam; vel etiam neptem ex uxoris fratre ſororeve.

Similiter fœmina non poteſt matrimonio jungi mariti patruo avunculove. Item amitæ viduo: vel fratris ſororisve genero: item mariti fratris ſororisve filio; aut fratris filii filiæve genero &c.

XIII. 3.) Prohibetur propter affinitatem in linea collaterali æquali matrimonium inter perſonas, quæ ſe habent ut fratres & ſorores, v.g. uxoris meæ ſoror eſt mihi inſtar ſororis, & mariti mei frater eſt mihi inſtar fratris. Unde quis in uxorem ducere nequit defuncti fratris viduam ſponſamve relictam: Similiter fœmina non poteſt jungi ſororis viduo ſponſove relicto. Et quidem hæc prohibitio plerisque in locis ſolum de primo genere affinitatis in linea collaterali intelligitur; in quibusdam vero locis iſta etiam ad ſecundum genus affinitatis quodammodo extenditur, (*v.g. ſecundum genus affinitatis eſt inter me, & uxoris meæ fratris uxorem: vel etiam inter me, & mariti mei ſororis maritum*) ita nimirum ut ſi res adhuc ſit integra, h.e. matrimonium non ſit per benedictionem ſacerdotalem conſummatum, vel copula carnalis nondum intervenerit, Magiſtratus ejuſmodi perſonas, affinitate junctas, ne ejuſmodi matrimonium perficiant, dehortari debeat.

XIV. Poteſt vero quis in uxorem ducere fratris ſui uxoris ſororem; vel fœmina poteſt jungi ſororis ſuæ mariti fratri. Quamvis enim hujuſmodi perſonæ in primo genere affinitatis & loco fratrum & ſororum eſſe videantur: affinitas tamen ſolum dicitur intercedere inter conjugem & alterius conjugis conſanguineos: non vero proprie affines dicuntur conſanguinei duorum conjugum inter ſe. Hinc igitur, ut jam dictum, duæ ſorores poſſunt conjungi duobus fratribus *c.5. x. de conſan.* Similiter & inter comprivignos nuptiæ celebrari poſſunt. §.8. *I. de nupt. l.34. §.2. ff. de rit. nupt.*

XV. 4.) Propter affinitatem prohibetur matrimonium in ſecundo gradu lineæ æqualis, v.g. non poteſt quis in uxorem ducere 1. defunctæ uxoris amitæ, patruive filiam, vel etiam 2. patrui ſui amitæve ſuæ filii viduam. Similiter nec fœmina poteſt matrimonio jungi 1. defuncti mariti patrui amitæve filio; filiæve viduo.

XVI. Tandem 5) in Electorat[illegible] Saxonico, licet inter perſonas non intercedat aliquis reſpectus parentum & liberorum, tamen, propter venerationem affinitatis, ter-

tius quoque gradus in linea collaterali inæquali est prohibitus. Hinc igitur 1. quis non potest matrimonium inire cum defunctæ uxoris patrui magni, amitæve magnæ filia. Similiter fœmina non potest nuptias celebrare cum patrui magni, amitæve magnæ filio. Item 2. quis non potest in uxorem ducere patrui magni, amitaeve magnae filii viduam. Et fœmina non potest nubere patrui magni, amitaeve magnae filiae viduo. Vid. ulterius hac de re JOH. BECHSTADIUM *in collat. jurium connubial.* & CARPZOV. *in tr. de consangu & affinit.*

XVII. POTEST vero certis casibus Princeps seu superior dispensare, & veniam concedere [f]. Non autem licita est dispensatio circa eas conjunctiones, quae jure divino prohibitae: sed solum in illis, quae jure humano Ecclesiastico ulterius interdictae. Sunt vero jure divino prohibitae, quoad consanguinitatem 1.) inter ascendentes & descendentes *Lev.* 18. *v.* 7. 2.) inter fratrem & sororem *Lev.* 18. *v.* 9. 3.) inter ulteriores collaterales, quae parentum vel liberorum loco habentur: *Lev.* 18. *v.* 12. Nam ibi non personae solum enarratae, sed similis quoque respectus inspiciendus [g], ita scil. ut quae personae eodem plane modo sibi consanguinitate sunt junctae, quo ibi enarratae, etiam prohibeantur inter se matrimonium contrahere. Quoad affinitatem vero jure divino prohibentur nuptiae inter personas, 1.) quae parentum aut liberorum loco sunt, sive quae alterius conjugis sunt ascendentes & descendentes, in linea recta. *Levit.* 18. *v.* 8. *it. v.* 15. *v.* 17. *c.* 20. *v.* 12. *Deuteron.* 27. *v.* 20. 1. *Corinth.* 5. *v.* 1. 2.) quae se habent ut frater & soror *Levit.* 18. *v.* 16. *& seqq. it. cap.* 20. *v.* 21. Praeterea 3.) com-

f) EA tamen plane non opus est, si consanguinitas per copulam carnalem, & affinitas mediante matrimonio actu nondum contracta est. Sponsalia enim tantum cognationem vel affinitatem non operantur. Unde facile decidi potest quæstio: Utrum quis cognati vel affinis sui sponsam in matrimonium ducere possit? Nil enim huic intentioni obstabit. Quodsi vero præsumtio sit, potuisse facile contingere, ut sponsus sponsam carnaliter cognosceret, mavult Praxis incestus metum, præstito prius a sponso sponsave juramento purgatorio, removeri, quam ipsum matrimonium novum permittatur. CARPZOV. *Jurispr. Ecclesiast. Lib. II. def.* 121. *seq.* add. WERNHER. *P. I. Obs. XLV. & Vol. III. Supplem. p.* 643.

g) HISTORIAM tritissimæ hujus quæstionis, quæ tot viros tum pietate & theologica doctrina, tum legali scientia conspicuos exercuit: utrum Deus in textu allegato, præter personas expressas, in simili quoque ob paritatem rationis, alias in eodem gradu existentes, legi prohibitivæ subesse voluerit, fusius exponere instituti ratio non permittit. Dicam saltem ego, me alienum non esse ab eorum opinione, qui graduum connumerationem in prohibitionibus juris divini fieri posse negant. Primo enim computatio graduum novum inventum est, & a Græcis ad Romanos translatum, Judæis vero plane incognitum. Et sic ne probabile quidem est, Deum, Legislatorem sapientissimum, qui duritiem cordis, pertinaciam, & astutiam populi Judaici probe noverat, legem huic genti dare voluisse, quam ad casus similes applicaret, cum tamen modum gradus computandi nesciret, & per se jam proclivis esset ad denegandum legibus summa perspicuitate conceptis promtum obsequium. Deinde lex ipsa juris antiqui Ebræorum correctoria est, veteremque libertatem promiscua contrahendi matrimonia restringit, nonnulla matrimonia expresse & speciatim prohibens. Ea vero istarum legum semper fuit natura, ut ultra casus expressos eas extendere fas non esset, regulamque magis in casibus non exceptis firmarent. Porro, si Dei T. O. M. ea fuisset intentio, ut paritatem rationis Judæi admitterent, certe causam nullam dare poteris, quare in enumeratione personarum tot prohibitiones occurrant, quarum tamen non diversa sed eadem ratio est. Denique in opinione mea me non parum confirmat, quod alias personas, quam quas *Levitic. c. XVIII.* enumeraverat, lex ipsa prohibitiva, mox *Levit. cap. XXI.* repetita, haud exprimat, cum inde haud obscure colligere possimus, seriam Legislatoris divini fuisse voluntatem, ut ad has personas lex ipsa restringeretur.

muniter Doctores statuunt, quod jure divino etiam inter istas personas affines sint interdictae nuptiae, quae conjugi defuncto, aut defunctae, in linea collaterali, fuere loco parentum aut liberorum, *per text. Levit.* 18. *v.* 14. *it. c.* 20. *v.* 20. vid. BECHSTAD. *d. tr. c.* 7. CARPZ. *Jurispr. Consist. Lib.* 2. *tit.* 7. Alii vero, non ita simpliciter, ac in genere, inter hujusmodi affines prohibitas esse nuptias, statuunt: cum de aliis affinitatibus (de quibus in hoc aphor. *n.* 1. *& n.* 2.) plura exempla enumerentur, ex quibus generalitas prohibitionis colligi possit, de hujusmodi autem affinitate (de qua in hoc *n.* 3.) solum inveniatur haec unica prohibitio, ne quis patrui sui viduam ducat. *d. Levit.* 18. *v.* 14. *& cap.* 20. *v.* 20. unde etiam ad hanc unicam prohibitionem textum restringunt nonnulli, & admittunt dispensationem in nuptiis cum defunctae uxoris sororis filia. Item ut vidua possit nubere defuncti mariti sororis filio, seu quis possit ducere in uxorem avunculi sui relictam viduam: RICHTER. *Decis.* 11. *num.* 13. 17. 29. *& seqq. & part.* 2. *cons.* 15.

XVIII. SPONSALIBUS rite celebratis, non licet ab iis recedere, ne quidem mutuo desponsatorum consensu, cum jam adsit consensus conjugalis [h] *c. pen. x. de sponsal. c.* 1. *de sponsa duor.* Operantur nimirum hæc sponsalia, quæ de præsenti vocantur, obligationem ad matrimonium, per solennitates Ecclesiasticas, & insequentem cohebitationem, consummandum. *d. c. pen. de sponsal.*. Ad quod obtinendum actio inde oriens a sponso sponsave, nec non illorum parentibus, institui, & aliis quoque modis contra absentem [i], vel refractarium sponsum sponsamve procedi potest. add. BEUSTIUS *de matrim. ff. c.* 58. CARPZOV. *Jurispr. Consist. L. II. dec.* 132. *n.* 8.

XIX. SUNT tamen urgentes & gravissimæ quædam causæ, ob quas, non quidem privata autoritate, sponsalibus recedere licet, sed a Magistratu Ecclesiastico ista, si prius tentata reconciliatio locum non inveniat, dissolvuntur [k], nimirum 1.) si sponsus sponsave, ante vel post sponsalia, cum alia persona concubuerit; 2.) si impotentia comperta fuerit; 3.) si de furore constet; 4.) si atrox delictum commissum fuerit; add.

*h*) HAEC doctrina principium Pontificiorum de Sacramento redolet, & præterea ex incongrua Praxi distinctionis inter sponsalia de præsenti & de futuro fluit. Imo ipsum Jus Canonicum in *c.* 17. *X. de sponsalibus* tristes ex coactis matrimoniis effectus agnoscit. Certe rationis est, ut quæ mutuo consensu ineuntur, mutuo dissensu iterum dissolvantur, præsertim, si tertio nullum infertur præjudicium & res integra sit. Utut itaque haud vituperanda sit consuetudo, qua invaluit, ut desponsati ad servanda sibi invicem promissa adhortentur, invitos tamen eosdem ad implendum cogere, natura pactorum vix permittit.

*i*) OPTIMUM medium absentis moram coërcendi sine dubio est præscriptio juris ex contractu sponsalitio acquisiti, ita quidem, ut elapso spatio triennali libera alteri parti concedatur facultas, nova ineundi sponsalia. Hoc Juri Romano convenit *L. II. C. de sponsal. L. II. C. de repud. L. IV. C. Theodos. de sponsalib.* Nec Jus Canonicum refragatur *c V. X. de sponsal.* Imo & mores Germanorum conspirant. Vid. BERGERI *Diss. de præscriptione sponsaliorum.*

*k*) EAM generatim justam causam dicunt, quæ amorem tollit, vel, ut alii melum, quæ rem in eum statum deducit, unde initium habere non potuit, cum & in sponsalibus subintelligatur clausule: rebus sic stantibus. Commune refugium, si alia causa desit, refractarii quærunt in odio implacabili. Sed cautus sit judex, ne prius ex hac sola causa repudium decernat, quam constet, verum esse odium. Hoc enim plerumque simuletur. Præcaveet etiam, ne parti innocenti damnum oriatur. Puniat deinde refractarium, qui causam odii allegare nequit. Nam id non permittendum est contrahenti, ut fidem datam impune fallat. Consultum itaque est, rem juramento committere, eumque, qui jurejurando præstito recedit, in expensas & damna condemnare.

CARPZOV. *resp.* 115. 5.) si altera pars morbo contagioso vel desperato laboret; & 6.) si inter sponsum & sponsam intervenerint inimicitiæ irreconciliabiles. CARPZOV. *Jurispr. Consist. Lib.* 2. *d.* 176.

XX. DENIQUE notandum, quod cum duobus sponsalia celebrans pœna afficiatur, de qua, *ut & incestarum nuptiarum pœna*, agetur *Lib.* 3. *t.* 28. §. 21, *sqq.* Quoad obligationem vero ipsam, prima sponsalia præferuntur posterioribus, etiamsi ad posteriora concubitus accesserit, modo primus sponsus vel sponsa, sponsam vel sponsum talem admittere velit, *c.* 1. *c. ult. x. de sponsf. duor.* Sin vero posteriora benedictione sacerdotali confirmata fuerint [l], subsistunt. CARPZOV. *d. l. d.* 66. *n.* 4. Cæterum clandestinis, vel etiam prioribus de futuro [m], uti nominant, initis sponsalibus, publica & de præsenti, licet posteriora, semper præferuntur. *c.* 3. *pr. X. de clandest. desponf. c.* 22. *x. de sponf.*

## TITULUS VII. DE NUPTIIS SIVE MATRIMONIO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Nuptiarum descriptio.* L. 23. ff. t. 2. de ritu nupt. II. *Persona habiles.* III. *Modus celebrandi nuptias.* IV. *Praeproperus concubitus pœna coërcetur.* V. *Polygamia est prohibita; non vero secundæ nuptiæ rite susceptæ;* VII. *Modo de morte conjugis satis constet.* VIII. *Ex conjugio jus personarum oritur.* IX. *Et inde actio.*

I. NUPTIAE sive matrimonium est viri & mulieris legitima conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens. §. 2. *I. de patr. pot. l.* 1. *ff. de rit. nupt.* vel: Conjugium est unius maris & fœminæ legitima & indissolubilis conjunctio, mutuo utriusque consensu inita, ad generis humani propagationem & mutuum vitæ adjutorium.

II. IN personis requiritur, ut sint habiles [n]: quæ habilitas consistit 1.) in facultate generandi naturali. Qui Ergo non potest generare, sive ob ætatem, sive ob vitium corporis, nec matrimonium contrahere potest [o]; nimirum ob ætatem vel nimis teneram,

l) VERUM, si dicendum, quod res est, neque hæc, neque jurata sponsaliorum posteriorum confirmatio id operabitur, ut majorem validitatem accipiant. Neutrum enim aliquid novi tribuit, sed instar confirmationis est, atque ideo jus priori sponso quæsitum adimere nequit. STRYCK *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. XVI. §. VIII. verb. de consuetudine & de dissens. sponsalit. Sect. IV. cap. II. § III.* Quia vero post benedictionem sacerdotalem plerumque actualis corporum traditio sequi soleat, vix, credo, quenquam exiturum, qui posteriori sponso litem de prioritate moveat.

m) EA intellige, quæ nostrates de futuro appellare solent, nimirum tractatus sponsalitios, sponsalia impuberum. Jure enim Canonico sponsalia de futuro vera sunt sponsalia, & merito omnibus posterioribus praferuntur.

n) NON tamen habilitas ex potentia generandi tantum est dijudicanda, sed salus Reipublicæ exigit, ut etiam respiciamus ad prudentiam dirigendi familiam, &, en alimente uxori & liberis quærere possit Neo-Maritus. In his, si defectus sese exerat, non parentes solum justam habebunt dissentiendi causam, sed & justam inde orin repudii causam, firmiter credo.

o) UTUT itaque præter hunc finem procreandæ sobolis mutuum adjutorium & extinctio libidinis, pro fine matrimonii, nec incongrue, venditetur, sunt tamen hi posteriores fines secundarii tantum, nec matrimonium unquam permittendum ob mutuum solum adjutorium. Præterea enim, quod hic finis alia ratione aque com-

*pr.* 1. *de nupt. c.* 3. *x. despons. impub.* vel nimis profectam: non tamen prohibetur sexagenarius cum juvencula inire matrimonium CARPZOV. *Jurispr. Conf. Lib.* 2. *def.* 13. Ob vitium corporis prohibentur castrati, *arg.* §. 9. *I. de adopt.* frigidi & maleficati. *tot. tit. Decretal. de frigid. & malefic.* add. PAUL. ZACHIAS *in quæst. medico. legal. L.* 3. *tit.* 1. *q.* 5. *seq.* Sciendum quoque hic de hermaphroditis, quod iis non permittendum matrimonium, nisi ex inspectione de sexu prævalente constet, *arg. l.* 10. *ff. de stat. hom.* CARPZ. *dict. Lib. def* 16. *z.*) ut lege non prohibeantur [p] nuptias inire; nimirum propter consanguinitatem & affinitatem [q], qua de re *Tit. praced. aph.* 5. *& seq.* late actum est.

III. INTER personas habiles, & non prohibitas, solenniter hodie ita celebrandæ sunt nuptiæ, ut præcedente parentum consensu, vel testibus adhibitis, promissione facta, ut sub priori tit. *aph.* 3 monitum, ante festivitatem nuptialem fiat publica ex suggestu proclamatio [r], ut plurimum trina. *c.* 3. *pr. X. de clandest. despons. c.* 27.

modo posse obtineri, ipsum illud etiam matrimonium cum institutione primævæ matrimonii omnino pugnat. Deum enim tum temporis de multiplicatione generis humani cogitasse, ejusque intuitu matrimonio benedixisse, res est certissima. Haud igitur facio cum iis, qui matrimonia evnuchorum defendunt; cumprimis, quia hos ipsos video simul defensionem ejus opinionis suscipere, quod ob impotentiam conjugum matrimonium pro nullo sit declarandum. Quod certe fieri non deberet, si vera esset eorum sententia, in matrimonio contrahendo ad potentiam generandi præcise non esse respiciendum.

*p*) PLURES adhuc in jure prohibitiones matrimoniorum occurrunt, quam quæ in vinculo propinquitatis vel affinitatis se fundant. Specialis enim ratio impedit matrimonium tutoris cum pupilla, adulteri cum adultera, raptoris cum rapta *tit. C. de interdict. matrim. inter pupill. & tutor. Nov. CXXXIV. cap. XII. L. unic. C. de rapt. virgin.* Verum prius matrimonium Praxis permittit, modo rationes reddat tutor. BRUNNEMANN ad *Dict. tit. Cod.* Secundum permittit Jus Canonicum in *c. VI. X. de eo, qui dux. in matrim. quam per adulter. poll.* si cum promissione matrimonii actus adulterii non fuerint conjuncti, nec insidiæ conjugis innocentis vitæ structæ fuerint. Tertium etiam tolerat Jus Canonicum in *cap. fin X. de raptor.* si rapta consentiat. Verum melius sine dubio fecissent Pontifices, si posteriores duas Juris Romani prohibitiones confirmassent, cum facile pateat, istis limitationibus neque saluti conjugis innocentis satis prospici, neque insidiis eorum, qui raptu virginum delectantur, obicem poni. Præterea Jura nostra hodierna matrimonia inter personas dignitate impares non quidem præcise damnant, ea tamen lege privatis ejusmodi matrimonia inire vetant, ut uxor vera quidem, sed non legitima uxor sit. Tale enim matrimonium in concubinatum degenerat, quem mores damnant. Personas tamen illustres ea lege sibi uxores vilioris conditionis jungere posse, a ratione non abhorret, si modo ipsi legibus humanis non subsint. vid. COCCEJI *Diss. de Lege Morganatica.* WILLENBERGII *Diss. de matrimonio conscientiæ.*

*q*) QUODSI tamen ab ignorantibus, qui propinquitatem vel affinitatem adesse nesciunt, matrimonium consummetur, hoc ipsum matrimonium tamdiu effectus legitimi matrimonii habet, quamdiu vel unus conjugum in ignorantia est constitutus. Nec liberis interim procreatis istud impedimentum nocet. Simulac vero resciverunt parentes impedimentum, illi sibi ulterius citra crimen incestus cohabitare nequeunt, omnesque legitimi matrimonii effectus ab ipso hoc momento ipso jure cessant, quod argumentum late prosecutus est HERTIUS *Dissertat. de matrimonio putativo.*

*r*) QUAE ipsa est instar edictalis citationis, eandemque vim habet. Quare, quæ alias de publica citatione dicuntur, commode ad proclamationem applicantur, quatenus leges Ecclesiasticæ peculiarem formam proclamationi non præscripserunt. Fit igitur I) publice ex suggestu. II) trina vice, III) peremtoria est, & IV) eminentem præcludit, etiamsi nominatim comminatio non sit adjecta. Sed & V) facile intermittitur, si constet, nullum adesse impedimentum, STRICK *ad Brunnemann. Jus Eccles. c. I.* §. VI Hoc singulare est, quod non fiat in tribus territoriis, quodque spatium paulo brevius contineat

*de sponsal.* Cujus effectus est, ut post trinam proclamationem, amplius impediturus matrimonium, non audiatur. BERLICH. *Decis.* 76. Deinde ipso die nuptiarum sequatur in Ecclesia, seu cœtu fidelium, sacerdotalis copulatio & benedictio[r].

IV. HIS non observatis, si desponsati concubuerint, pœnam incurrunt. Attamen si, alterutra parte forte mortua, sponsalia inita benedictio sacerdotalis, propter mortem intervenientem, non potuerit insequi, partus ex præmaturo concubitu editus, admittitur pro legitimo, CARPZ. *P.* 3. *c.* 14. *d.* 12. vid. NOVISS. DECIS. ELECT. 49.

V. INEUNTUR nuptiæ inter unum marem & unam fœminam; polygamia enim prohibita est[s].

VI. NON autem prohibitæ sunt secundæ nuptiæ[u], modo non sint nimis maturæ & festinatæ. Debet etiam vidua annum expectare, usque dum secundo nubat[x]; viduo vero conceditur aliquando, ut post lapsum semestris secundas nuptias celebret.

Conf. BOEHMERI *Jus Parochial. Sect. IV. cap. III.*

*r*) PERAGENDA a parocho competente, ordinarie ipsius sponsæ SCHILTER *Instit. Jur. Canon. Lib. II. tit. XI. §. IX. in fin.* Utut vero necessitas hunc adhibendi ritum, neque ex Jure naturali, quod celebritates pactorum ignorat, neque ex jure divino positivo, in quo lex expressa de hoc argumento deficit, neque ex Praxi primitivæ Ecclesiæ, quæ pium solum ritum esse copulam sacerdotalem, nec a Christiano facile omittendum, suadet, derivari possit; Juribus humanis tamen, si pro forma legitimi matrimonii præscripta est benedictio, quod factum esse in ordinationibus Protestantium Ecclesiasticis constat, dubium oriri haud potest, quod ea omissa matrimonium sit illegitimum, & in concubinatum legibus humanis prohibitum degeneret.

*s*) SALTEM Jure humano, & quidem sub pœna ultimi supplicii CONSTIT. CRIMIN. CAROL. *art. CXXI.* Si Jus Naturæ spectes neque cum fine matrimonii pugnat, neque, si illi juri fuisset adversa, Patriarchis potuisset, permitti, ne quidem per modum dispensationis, quia Jus Naturæ respectu ipsius Dei est immutabile. In jure divino positivo antiqui fœderis lex prohibitiva non extat, optaremque, ut, qui polygamiam hoc jure prohibitam perhibent, scrupulum mihi eximerent, qui fieri potuerit, ut Deus Patriarchas polygamos, in perpetuo reatu viventes, amarit tamen, & sigillatim Davidi adultero inter beneficia ipsi præstita numeraret, quod uxores Sauli in manus suas dedisset. Ceterum institutioni matrimonii primævæ monogamiam convenire, eamque ipsam a Christo in Novo fœdere in memoriam esse revocatam, nec expedire nostris Rebuspublicis, ut polygamia in usum deducatur, nulla ratione diffiteor.

*u*) VARIA tamen in odium secundarum nuptiarum cum in Jure Romano, tum in Jure Canonico esse statuta, omnibus notum est, eaque per indicem exhibet LEYSER *Spec. CCC.* Nec dubito, quin ea jura in provinciis, quæ Jus Commune sequuntur, usum sibi vindicent, quatenus per communionem bonorum, quæ inter conjuges, dum viverent, viguit, non deprehenditur restrictus: Verum, ut hæ pœnæ majoribus nostris nunquam arriserunt, vid. JUS PROVINC. SAXON. *Lib. I. art. XX. Lib. III. art. LXXVI.* qui tanto odio secundas nuptias non sunt prosecuti, merito, cessante ratione legis Romanæ, ipsa ejus dispositio cessare deberet, quatenus pœnam meram redolet, etiamsi per indirectum liberis proficua sit. Reliqua autem capita, quæ rationem habent adjunctam, ne liberis secundæ nuptiæ damno sint, quæque a communicatione corporis secundo conjugi facta dependent, eo facilius in foris nostris admitti posse existimo, quo propius ad humanitatis rationem accedunt: Et sic recte mater binuba tutela privatur, imo adhibito aliquo temperamento jure educandi liberos; Recte etiam prioris mariti dignitatem & forum amittit.

*x*) SPONSALIA tamen, ne celebret, lege nullibi prohibetur. Et si dicendum, quod res est, ipsa prohibitio, ne intra annum nubat, non aliunde, quam a decoro est desumenda. Quapropter mitiores hodie sumus, si mulier ad secunda vota spatio luctui destinato nondum elapso accedat, quam veteres Romani, pœnamque infamiæ in L. VIII. D. *de his, qui notant. infam.* ei minatam, auctoritate Juris Canonici *cap.*

Porro si ex priori matrimonio liberi extent, his bona defuncti patris matrisve, seu successi in illa bona, debetur: adeoque, si impuberes fuerint, minoresve, tutores vel curatores ipsis sunt constituendi. Plurimis etiam in locis prudenter statutum est, ne conjux secundas nuptias ineat, nisi prius prioribus liberis satisfecerit. Licitæ quoque sunt secundæ nuptiæ, quamvis uxor promiserit priori marito, quod non velit denuo nubere. Carpz. *Jpr. consist. d. Lib.* 2. *def.* 172.

VII. Notandum & hoc est, quod non permittendæ sint secundæ nuptiæ priusquam de morte prioris conjugis satis constet; quæ mors aliquando, v. g. si in acie, mari, morbove contagioso peregere obierit conjux, uno etiam teste probari potest. vid. Carpz. *d. l. d.* 166. 168. Cum autem mors plane probari nequit, conjux, qui quæve secundas nuptias celebrare constituit, contra absentem conjugem desertionis processum instituere debet. Idem *def.* 170.

VIII. Ex legitimo conjugio oritur jus personarum inter conjuges, quod est vel mutuum, & consistit. 1.) in mutuo amore ac perpetua vitæ consuetudine 2.) in exhibitione debiti conjugalis, & liberorum procreatione, 3.) in aliquali bonorum communione[y], vel alterutri conjugi proprium. Et quidem marito propria est maritalis potestas[z] *arg. l.* 14. §. 1. *ff. solut. matrim. Nov.* 117. *c.* 14. & secundum Jus Saxon.

*penult. & ult. X. de secund. nupt.* suffulti remittimus.

y) Cujus effectus se primario exerit in mutuo jure succedendi. Verum latius in plerisque Germaniæ provinciis hæc communio sese extendit. Cum enim majores nostri, nec immerito, crediderint, uxorem esse laborum, periculorumque sociam Tacitus *de Mor. German. cap. XVIII.* non dubitarunt deinde Compilatores Juris Saxonici, quin societatem omnium bonorum inter conjuges intercedere defenderent, regulamque formarent: *Man und Wif ne hebbet ne tu gerweit Gut to irme Live.* Quam regulam postea secuti Lubecenses, Hamburgenses, Servestani, Brunsvicenses, pluresque alii, peculiaribus legibus & statutis ipsam bonorum communionem ad nostra usque tempora propagarunt. Ut autem, ubi lege hæc communio stabilitur, vera omnium bonorum mariti & uxoris societas adest, ita nec opus est, ut controversiæ, quæ circa eam oriuntur, aliunde, quam ex regulis societatis dijudicentur. Atque sic æs alienum durante communione contractum communi nomine exsolvitur, nec uxor prius illata repetit, quam creditoribus mariti sit satisfactum, nec communioni in fraudem creditorum renunciatur, & quæ sunt id generis alia. Cæterum, ne leges provinciales & statuta negligamus, eo magis cavendum, quo certius est, in his ipsis singularia plane, quæ naturam communionis alterant, occurrere capita, dum alibi in bonis allatis & acquisitis, alibi in bonis solum, quæ constante matrimonio acquiruntur, alibi solum in bonis mobilibus locum habeat communio. Ut taceam, effectum ejusdem communionis hinc inde esse diversum, & mox in usufructu solum, mox in condominio, mox in nuda possessione consistere. Imo nec ratione termini a quo leges Germaniæ concordant. Alibi enim communio a benedictione sacerdotali, alibi a conscensione thalami, alibi post annuam cohabitationem initium capit. Instituti vero ratio vix permittit, ut omnia copiose explicem. Leges ipsas autem hanc discrepantiam fulcientes, qui scire cupit, adeat Hoffmanni *Dissert. de donat. propter nuptias,* §. *I.*

z) Neutiquam tamen confundenda cum potestate dominica & patria, quod facere videtur Auctor in *Syntagm. Jur. Civil. Ex. III. th. VII. & XXVIII.* Utut enim Jure antiquo mulieres haud essent melioris conditionis, quam servi, quam liberi, quod a Thomasio *in Diss. de Usu Pract. doctrin. de nupt. cap. I.* §. *VI.* negatum, invictis rationibus probatum dedit Heineccius *Antiq. Roman. Lib. I. Tit. X.* § *VI.* pristinique hujus moris sub Imperatoribus etiam manserit vestigium teste Suetonio *in Tiberio cap. XXXV.* Tacito *Annal. Lib. II. cap. I. Lib. XIII. cap. XXXII.* ab isto tamen rigore Romani ipsi post varia temporum intervalla recesserunt, ipsaque maritalis potestas demum

competit ipsi usufructus omnium bonorum uxoris, *Land- R. Lib.* 1. *art.* 31. *&* 45. Tenetur vero uxorem alere, eamque defendere *l.* 2. *ff. de injur.* Jura propria, respectu uxoris, consistunt in convenienti subjectione, unde fluit 1.) quod debeat marito obsequium, *l. un.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* operas obsequiales [c], & œconomiæ curam, *arg. l.* 31. *pr. &* §. 1. *ff. de donat. inter. vir. & uxor.* 2) quod gaudeat nobilitate & dignitate mariti, *l.* 1. *C. de dignitat. l.* 8. *ff. de senat. l.* 10. *C. de nupt.* ejusque participet forum. *l.* 65. *ff. de judic.* & mutantem domicilium sequi teneatur, RICHTER. *dec.* 9.

IX. AD hæc jura obtinenda datur, ex jure personarum conjugali, actio præjudicialis. *arg. l.* 3. §. 4. *ff. de agnosc. & al. lib. l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* vel imploratio officii judicis, ut conjux adigatur ad id, quod sui est officii, item remedia competunt possessoria *c.* 8. *x. de restit. spol.* ubi GLOSS. & CANONIST. add. KITZEL. *Syn. matrim. c.* 10. *theor.* 4.

SUBJICIATUR *Lib. I. tit.* 10. *I. d. Nuptiis.*

## TITULUS VIII. DE JURE DOTIUM ET DONATIONE PROPTER NUPTIAS. IT. DE DOTALITIO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Nuptiis accedit dos & donatio propter nuptias.* L. 23. ff. t. 3. de jure dot. II. *Dotis descriptio.* III. *Constituens dotem.* IV. *Res, in quibus dos constituitur.* L. 23 ff. t. 5. de fundo dotali. V. *Donationis propter nuptias descriptio.* VI. *Soluto matrimonio, quid circa dotem & donationem propter nuptias obtineat.* L. 24. ff 1. 3. soluto matrim. dos quemad. pet. VII. *Is. circa impensas.* L. 25. ff. t. 1. de impens. in res dotal. fact. VIII. *Dotalitium uxori nobili solet constitui.*

I. QUAMVIS nuptiæ sine dote, & donatione propter nuptias consistere possint [a]. *Nov.* 74. *Cap.* 4. sponsa tamen, sponsæve pater, dotem sponso dare: & vicissim sponsus sponsæ donationem propter nuptias (*ein Gegen-Vermächtniß*) constituere solet. *tot. tit. C. de jure dot. it. tit. ff. & C. de donat. propt. nupt.*

II. EST vero dos res, vel potius universitas quædam rerum, ab uxore, ejusve nomine, in maritum translata [b], pro sustinendis oneribus matrimonii [c], *l.* 7. *pr. ff. de jur. dot. l.* 20. *C. eod.*

iis limitibus est circumscripta, ut solo jure dirigendi absolveretur. Conf. LUDOVICI *Diss. de jure & jurispr. domest. cap. II.* §. *XV. sqq.*

z) ET eatenus verum est, quod ea, quæ uxor acquisivit constante matrimonio, marito acquirat *L. LI. D. de donat. inter vir. & uxor.* ibique BRUNNEMANNUS. Quod vero præterea uxor ex operis forsan artificialibus acquirit, salva marito actione ad interesse, ob neglectas operas domesticas WERNHER *P. V. Obs. XXIII.*

a) ITA de Jure Novo. At enim vero Jure antiquo dotis constitutio eatenus essentiam matrimonii legitimi ingrediebatur, ut uxor legitima a concubina pactis solum dotalibus distingueretur §. *XIII. J. de nupt. L. X. & XI. de liber. natur.* Ex quo facile patet, quid sentiendum sit de ista Doctorum opinione, qui patrem ad dotandum obligant, quamvis nullam dotem promiserit. Nulla enim necessitas eam constituendi adest, neque ex parte filiæ, quia hodie legitimum matrimonium absque dote subsistit, & apud Germanos semper substitit, qui TACITO auctore *de Mor. German. cap. XVIII.* uxoribus dotem dare, consueverant, neque ex parte patris, quippe cui onus dotandi filiam ideo injunctum erat, ne plane exsortes essent filiæ paternæ hereditatis, a qua per legem Voconiam erant exclusæ. Rem clare loquitur JACOB PERIZONIUS *in Dissert. ad L. Voconiam.*

b) EJUSQUE rei intuitu peculiari opus

III. CON-

III. Constituit dotem ipsa fœmina. *L.* 1. *l.* 4. *l.* 16. *l.* 28. *C. de jur. dot.* aut alius ejus nomine; & quidem vel ex officio, vel libero arbitrio [d]. Ex officio dotare tenetur pater filiam, avusne paternus neptem *l.* 19. *ff de rit. nupt. l. fin. C. de dot. prom. l.* 6. *ff. de collat.* pro modo facultatum & dignitatis [e]. *l.* 60. *l.* 69. §. 4 *ff. de jur. dot.* nisi ipsa sit locuples, ac se ipsam dotare possit, Carpzov. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 13. vel sit ingrata, aut indigno viro nupserit, Zas. *ad* §. 29. *num.* 84. *&* 85. *I. de action.* Gail. 2. *observ.* 94. Carpzov. *d. l. def.* 12. Mater non cogitur pro filia dotem dare, nisi ex

est conventione, nec qualitatem dotalem adesse præsumitur *L. I* §. *ult. de Curat. furiof. L. I. C. de dote caut.* Opinio enim Schilteri in *Exerc. XXXVI.* §. *LXXX.* qui qualitatem dotalem ex sola illatione probari posse credit, vix alia ratione admitti potest, quam si ad minimum certa conventio de bonis inferendis præcesserit Carpzov. *P. I. Const. XXVIII. def. LXXVII. n.* 5. Hoc ipso igitur bona dotalia ab aliis uxoris bonis se satis distinguunt. Quæ enim citra conventionem inferuntur, paraphernalia vocari solent, ea vero, in quibus uxor dominium & liberam dispositionem sibi expresse reservavit, receptitia appellantur. Jus etiam mariti in his bonis diversum est. In dotalibus dominium consequitur. In paraphernalibus legitimam habet administrationem & jus usufructus legalis. In receptitiis nihil juris ipsi competit. Berger. *Dissert. de discrim. bonor. uxor.*

*c*) Salvo tamen semper jure dotem repetendi, si matrimonium cesset. Cum marito præter jus utendi fruendi in dote nil videatur concessum: Et, quamvis, si in mobilibus consistat dos, ea vix aliter uti possit, quam si concedatur simul facultas, plene de quantitate disponendi, similem tamen quantitatem finito matrimonio restituat, necesse est. Res autem immobilis, cum utilitatem etiam præstet, utut facultas disponendi restricta sit, in natura est restituenda, ejusque intuitu substantia ejus salva conservanda. Atque sic satis perspicua est ratio, quare Jura Romana tam anxie laborarunt pro dote uxori conservanda, quamvis dotis privilegia, quatenus iniquitatem simul sapiunt, & cum præjudicio tertii conjuncta sunt, usus fori recte temperat, & sigillatim jus prælationis in *L. XII. C. qui potior. in pignor. L. XXX. C. de Jur. dot. Nov. XCVII. cap. IV. & Nov CIX. cap. I.* doti concessum ita interpretatur, ne creditoribus antiquius jus habentibus noceat Faber *in Codice Lib. VII. Tit. XXXIV. def. III.* Struv. *Exercit. XLIV.* §. *XLIX.* Martini *in Analect. ad Processf. tit. XLIII* §. *I. n. LI.* Huncque usum fori in Saxonia Communi expressis legibus approbatum esse didici, ita quidem, ut uxori dotis intuitu locus demum inter reliquos hypothecarios creditores pro rata temporis assignandus sit.

*d*) Dotis naturam, quæ Jure antiquo Romano fuit, si accuratius consideres, facile videbis, eam alimentorum habuisse rationem, filiabus in compensationem exclusionis a reliqua successione ab iis præstandorum, qui onus alimentandi subire debebant, ne alias filia omnibus facultatibus privata honestam nubendi occasionem dimittere cogeretur, cum absque dote non esset matrimonium. Inde vero firmiter conclude I) dotem necessario ab iis fuisse constituendam, qui ad onus alimentandi adstringebantur, idque patrem & in subsidium avum paternum facere debuisse, res est notissima. II) Cessasse necessitatem constituendi, ubi cessabat onus alimentandi. Quare neque filia ingrata, nec filia dives, neque filia indigna erat dotanda. III) Dotem non nisi ex pietate constituisse eos, qui ad alimenta in subsidium subministranda vocabantur, v. c. matrem. IV) Dotem ab extraneo constitutam meram fuisse donationem. Quapropter nec dos adventitia ad constituentem unquam revertebatur, nisi forsan jure successionis. Verum postquam filiæ intuitu successionis filiis sunt exæquatæ, legesque omnibus liberis prospexerint, ut portionem legitimam ex hereditate parentum haberent salvam, quæ ipsa alimenta quoque complecteretur, hodie certe omnis constitutio dotis voluntaria est, & naturam magis donationis, quam alimentorum habet, nisi quod fratres, si sorores ex feudis legitimam non habeant salvam, ad dotis constitutionem ex feudo sint obligati.

*e*) Ut & pro qualitate sponsi *d. L. LXIX.* § *IV. D. de jur. dot.* Est enim respiciendum ad onera matrimonii, quæ pro conditione sponsi inæqualia esse possunt. Quare nec filiæ unquam de inæqualitate dotis constitutæ queri possunt, nisi in legitima sunt læsæ.

magna, & probabili causa, *l.14. C. de jur. dot.* junct. *l.19. §.1. C. de heretic.* nec frater pro sorore. *l.12. §.pen. l.13. §.f. ff. de administ. tut.* conf. *l.1. §.2. de tut. & rat. distr.* SAND. *l.2. decis. Frisic. tit.8. def.2.*

IV. DARI in dotem possunt res, quæ sunt in commercio [f]. vid. *l.25. l.48. & seqq. ff. de jur. dot.* Et quidem, si dos in pecunia consistat, maritus pro arbitrio & lubitu illam expendere potest, sin vero in bonis immobilibus, hæc alienare marito non licet, sed solum illis utitur atque fruitur. *pr. I. quib. alien. lic. vel non l.7. ff. pr. de jur. dot. tot. tit. de fund. dotal.* Interdum autem bona æstimato [g] in dotem dantur, & quidem vel 1.) ita, ut non res, sed æstimatio veniat aliquando restituenda: tunc in arbitrio mariti est, res alienare, & pretium, seu æstimationem restituere *l.10. pr. §.5. l.16. l.17. §.1. l.18. ff. de jur. dot. l.50. sol. matrim.* add. *l.1. C. de jur. dot.* vel 1.) hoc modo, ut pro re deteriore reddita, aut non existente, pretium sit restituendum: qua conventione inita, res, si exstet integra, ipsa restituenda erit *l 10. pr. l.69. §.1. ff. de jur. dot. l. ult. pr. ff. de pact. dotal. l.21. C. de jure dot. l.66. §.3. ff. sol. matrim.*

V. DONATIO propter nuptias doti solet æqualis constitui [h]. *l.9.* junct. *Auth. æqualitas C. de Pact. Convent.* Non autem maritus quid uxori tradit, sed pecuniam, vel aliam rem propter nuptias donatam retinet, eaque utitur. Et competit solum uxori in

f) QUAEQUE proficiunt ad matrimonii onera sustinenda. Et his præsuppositis non errabis, si ab alienatione ad dotis constitutionem argumentum ducis. Dotis enim constitutionem instar alienationis esse, nemo dubitat, idque ipsum ex jure mariti, quod in dotem habet, facile cognosci potest. Plenum enim dominium acquirit in re mobili, ut & in immobili, si venditio rei dotalis in maritum intervenerit. Olim etiam in re immobili plenum consequebatur dominium. Sed Lex Julia de adulteriis ob frequentiam divortiorum ipsi solum civile concessit dominium, naturali dominio uxori reservato: vid. BRISSONIUM *ad L. Jul. de adulter.* Hac vero ratione in maritum transibat jus bonæ fidei possessionis, sive jus omnia commoda ex re dotali percipiendi, cum facultate rem penes tertium existentem vindicandi arg. *L. IX. C. de rei vindic.* Verbo: exercitium dominii absque facultate de re libere disponendi. Cum enim dominium naturale uxori esset reservatum, ejusque exercitium durante matrimonio quiesceret tantum ex parte uxoris, vix integrum erat marito, rem ipsam dotalem in uxoris præjudicium alienandi, etiamsi uxor consentiisset. Ut autem Jure Romano consensus uxoris post biennium repetitus ob geminationem alienationem convalidabat, si illi ex aliis bonis mariti satisfieri posset NOVELL. *LXI. cap. I.* ita & Jure Canonico idem effectus adscribitur juramento uxoris, & jure Saxonico alienatio, pravia causæ cognitione & accedente magistratus decreto, statim subsistit, quando uxor cum Curatore in alienationem consentit. STRUV. *Syntagm. Jur. Civil. tit. de fundo dotali th XXII.*

g) HANC æstimationem fieri vel taxationis solum, vel venditionis gratia, ex Auctore constat. In dubio vero, quem in finem æstimatio sit facta, si non appareat, venditionis causa eam intercessisse præsumitur. Ita enim generatim tradimus. In omni negotio ad transferendum dominium habili æstimationem rei additam id operari, ut non res, sed æstimatio restituenda sit. In reliquis vero negotiis hunc æstimationis esse effectum, ut, possessor rei, alias, si extat, præcise restituendæ, se ab obligatione, per præstationem æstimationis liberare possit, si res non exstat.

h) EA vero donationis propter nuptias est natura, ut uxori securitatem ratione dotis afferat. Nam 1) doti debet esse æqualis, 2) aucta dote durante matrimonio & donatio propter nuptias augenda est *§. III. J. de donat. L. XXX. C. de donationib. propter nupt.* Et sic certe donatio hæc, salva finito matrimonio dote, ad maritum ejusque heredes revertitur CARPZOV. *P II, Const XLII. def. I.* Utut enim negare non audeo, posse etiam pactis effici, ut donatio propter nuptias vel in compensationem vel in remunerationem dotis cedat, atque sic vel in locum dotis succedat, vel cum dote uxoris lucro

ista re dominium, & simul etiam hypotheca tacita. *auth. permissa. C. de donat. propter nupt. l.29. C. de jur. dot. Nov. 97. c.6.* vid. tamen. *O. P. S. t. 43.* §. *So wollen.*

VI. Quando matrimonium per mortem aliove modo solvitur, & quidem mortua uxore, maritus tenetur heredibus uxoris dotem restituere [i]; & vicissim, marito mortuo, remanet ejus heredibus donatio propter nuptias, nisi vel pactis dotalibus, vel statutis locorum, aliud quid dispositum: qua de re inferius *Lib. 2. tit. 30. §. 30.* agetur.

Additiones Menckenianae, *Lib. I. Tit. V. & VI.*

VII. Si dos constituta sit v. g. in ædibus vel prædiis, finito matrimonio impensæ, in res dotales [k] factæ, marito sunt restituendæ: & quidem ob necessarias & utiles impensas, res istas non ante restituere tenetur, quam ipsi satisfactum. Voluptuarias autem quod attinet, solum permittitur marito auferre ornatum, quem posuit, modo sine rei læsione auferri possit, vid. *tot. tit. D. de impens. in res dot. fact.*

VIII. Inter conjuges nobiles uxori dotalitium [l] constituitur hoc modo, ut ra-

sit Stryck *Cautel. Contr. Sect. III. cap. VIII. §. XXVIII.* hoc tamen accidentale solum esse, quis non videt. Et errant certe, qui inde, donationis propter nuptias finem primum securitatem dotis esse, negant. Nec enim ratio illa, quod, cum uxori ratione securitatis jam alia ratione per hypothecam tacitam cum jure prælationis sit prospectum, donatio propter nuptias nullum haberet effectum, tanta mihi videtur, ut dissentientium opinioni subscribam, cum plus juris uxor habeat in hac donatione, quam in bonis mariti hypothecæ obnoxiis, ceu Auctor bene monet. Imo neque legum dispositio neque Doctorum auctoritas deest, quæ nostram opinionem firmat. vid. d. §. *III. J. de donat. L. XVIII. C. de donat. ante nupt. c. VIII. X. de donat. inter virum & uxor.* Brunnemann. *ad d. §. III. & L. XVIII.* Schilter *Exercit. XXXVI. th. LXXXVI.*

*i*) Tu nota: Constante matrimonio dos non restituitur, nisi maritus ad inopiam vergat *L. XXIV. pr. D. Solut. matrim.* quamvis nec tum marito jus fructus percipiendi denegandum. Soluto per mortem mariti matrimonio, uxor integram dotem, & quidem in specie consistentem statim, in re mobili consistentem post annum repetit *L. un. §. VII. C. de rei uxor. action.* Soluto per mortem uxoris matrimonio heredibus uxoris dos cedit, salva marito portione Legali. Ex statutis provincialibus nonnunquam, præsertim, si in mobilibus consistat, cedit marito, salva uxoris heredibus legitima. Soluto demum per culpam uxoris matrimonio, existentibus liberis, idem juris est, quod in priori casu. Liberis deficientibus maritus dotem lucratur, Confer Nov. *CVII. cap. II.* Stryck *de dissens. sponsalit. Sect. VI.* Plura infra occurrunt, ubi de successione sermo est.

*k*) Non itaque, quas fructuum ex re dotali percipiendorum gratia maritus fecit. Imo nec eas, quæ in rem dotalem factæ sunt, nisi perpetuam rei utilitatem efficiant *L. VII. §. II. D. de usufruct.* Sumtus etiam litis pro conservanda dote facti annumerantur impensis, quæ ad fructus comparandos faciunt, cum e contrario sumtus pro acquirenda dote facti naturam necessariarum habeant impensarum Mevius *P. VIII. Decis. CCLIV.*

*l*) Est dotalitium ex Jure Germanico antiquo, nihilque cum dote muliebri marito illata olim habebat commercii, siquidem Germanis haut erat solenne, ut dotem ab uxoribus acciperent, quippe quam mariti potius uxoribus constituerent. Atque hæc ipsa dos maritalis fuit dotalitium uxoribus eum in finem constitutum, ut post mortem mariti haberent, unde se honeste exhiberent. Nec dubium est, quin hoc ipso mariti efficere conati sint, ne viduæ ad secunda vota transirent. Ut sic etiam naturæ dotalitii quam maxime conveniat, quod expiret, simulac vidua ad secundas nuptias transeat, cum hac ratione finis dotalitii cesset. Confer Bergeri *Dissert.* in qua *Selecta juris dotalitii capita* pertractat. Ita de jure antiquo. Postquam vero invaluit mos in Germania, ut dotem uxores marito afferrent, in constituendo dotalitio dotis illatæ habita fuit ratio, ita quidem, ut in locum dotis dotalitium cederet, dotemque absorberet, substitutis reditibus, qui usuras duplicatas quantitatis rei in dotem datæ exæquarent, salva tamen viduæ facul-

tione dotis illatæ, quadruplum in reditibus ipsi post mortem mariti concedatur, ut ex feudo præstetur: v. gr. si dos sint millia thalerorum, ducenta annuatim loco dotalitii constituuntur, vel viduæ certum aliquod feudum, ut loco dotalitii eo utatur *, conceditur *. Vid. SYNTAGM. NOSTR. FEUD. *cap. XIV. aph. 9. seq.* CARPZ. *P. 2. C. 42. d. 2. num. 8.* ADD. *L. 2. T. 8. pr. I. quib. alien. lic. vel non.*

## TITULUS IX. DE DIVORTIIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Matrimonium solvitur morte.* L. 24. ff. t. 2. de divort, & repud. *Inter vivos vero vel quoad vinculum 1. ob adulterium, 2. malitiosam desertionem.* II. 3. *Impotentiam.* III. 4. *Defectum virginitatis.* IV. *Parti innocenti aliæ nuptiæ permittuntur, rarius nocenti.* V. *Vel quoad thorum & mensam.*

I. MATRIMONIUM morte dissolvi constat. Inter vivos autem conjuges dissolvitur matrimonium, vel quoad vinculum, uti loquuntur, vel quoad

tate relicta, utrum dotem magis repetere vellet. Inde vero est, quod dotalitium non debeatur, nisi illatio dotis prius probata sit. Eandemque ob causam vereor, ne fundamento destituatur Praxis Juris Saxonici, qua viduæ permittitur, dotem promissam & nondum illatam adhuc post mortem mariti inferendi, eo fine, ut successores mariti dotalitium constituant. Quod autem res in eum plane pervenerit statum, ut quadruplicatas vidua accipiat usuras, id ex falso illo principio provenire existimo, ac si donatio propter nuptias in remunerationem dotis constituenda esset. Postquam enim in hoc quoque argumento Germanis Romani Juris dispositio placuit, ut donationem propter nuptias dotis intuitu mulieribus assignarent, eamque dotem neque absorbere, neque securam reddere, sed remunerare, & sic eum dote viduæ cedere crederent, factum est inde, ut dotalitium, quatenus quadruplicatas usuras continet, pro dimidia parte, uxori in compensationem, pro altera dimidia, tanquam donario propter nuptias, in remunerationem dotis caderet. Et hac ratione ego rem obscuram satis, & admixtis juribus peregrinis inextricabilibus fere difficultatibus involutam, capio, salvo aliorum judicio. Adde, quæ dixi *in Introd. ad Jus Saxonic. P. I. Exercit. IV.* HOFFMANNI *Dissert. de donatione propter nuptias*, & ESTORIS nostri *Dissert.* nuper de quæstione: *An dotalitium cesset propter secundas nuptias*, habitam.

*m*) TRANSFERTUR itaque in dotalitii constitutione jus utendi fruendi rem immobilem, vel si mavis jus bonæ fidei possessionis. Non enim ad limites ususfructus Romani adstringi potest dotalitium, sed plus viduæ permissum est, cum & habeat jus meliorandi fundum, & a cautione ususfructuaria immunis sit, & denique utili rei vindicatione uti possit. HENEL *de jur. dotalit. cap. XII. §. XVIII.* RAUCHBAR. *P. I. Quæst. XXX.* Est igitur ususfructus Germanicus, qui cum particula dominii semper fuit conjunctus. Naturam hujus ususfructus dilucide exposuit BEYER *Jur. German. Lib. II. cap. X.* Res que omnis eo redit, quod ususfructus Germanicus in dominio utili consistat.

*o*) PAUCA adhuc ad finem tituli dicere placet de pactis dotalibus. Hæc enim triplicem finem habere constat. Primum eo spectant, ut de dote, donatione propter nuptias & dotalitio disponant. Deinde id agitur his pactis, ut lis post mortem unius alteriusve conjugis de dote restituenda, aliisque accessoriis præcaveatur, demum de reliqua successione plerumque certi quid determinant. Non itaque errabimus, si speciem pactorum successoriorum illa ipsa dicamus. Et sic forsan non aliunde, quam ex natura pactorum natura eorum esset æstimanda, cum Germani nunquam dubitaverint, posse successionem pactis ordinari, neminique jus esse, invita altera parte ab iis recedendi. Verum enim vero placuit hic iterum Romanum jus, invaluitque distinctio inter pacta dotalia, quæ in vim ultimæ voluntatis, & ea, quæ per modum contractus ineuntur. Et sic posteriora demum ex natura pactorum & contractuum dijudicamus, & irre-

mensam & thorum. Utraque autem haud temere, & non nisi a judice competente, causa cognita, fit separatio. Illa quidem, quoad vinculum nimirum [p], conceditur 1.) ob adulterium alterius conjugis. 2.) ob malitiosam desertionem [q], instituto tamen super desertione consueto processu [r].

vocabilia dicimus, priora vero aliis ultimis voluntatibus annumeramus, & ad formam eorum quinque minimum testes requirimus, salva relicta facultate ea iterum revocandi. In dijudicandis vero his pactis non praecise existimo ad verba, quibus contrahentes utuntur, sed ad intentionem potius eorum respiciendum esse, Conf. STRYCK *Cautel. Contract. Sect. III. cap. VIII.*

p) VERUM quidem est, matrimonium ex causis allegatis quoad vinculum dissolvi, sed, qui accurate loqui amant, dissolutionem matrimonii ex capite nullitatis ab ea, quae fit ex nova causa superveniente, sollicitius distinguunt. Nec immerito. Matrimonium enim, quod nullum est, proprie non dissolvitur, sed per sententiam judicis magis declaratur, matrimonium verum nunquam adfuisse, cum divortium e contrario praesupponat, matrimonium de jure valere, sed ob causam accidentalem non amplius subsistere posse. Causa itaque nullitatis jam adest tempore initi matrimonii, causa divortii supervenit. Matrimonium si pro nullo declaratur, perinde est, ac si matrimonium nunquam sit celebratum. Et sic effectus matrimonii etiam ratione praeteriti cessant. Sed divortio concesso effectus matrimonii solummodo ratione futuri desinunt, & pars nocens praeterea amittit jus repetendi dotem. Quae diversa esse admodum, nemo non videt. Sic itaque causae, quae in §. II. & III. occurrunt, nullitatem matrimonii indicant, reliquae divortium. Generatim enim nullum dicitur matrimonium, quando defectus in essentialibus adest, ut puta, si consensus non sit verus ac liber, si contra leges prohibitivas matrimonium initum, si finis matrimonii principalis obtinari nequeat.

q) HAS duas itaque causas Protestantes solum tantae efficaciae esse perhibent, ut matrimonium jure perfectum iterum dissolvant, cui tertiam, nempe denegationem debiti conjugalis, addunt, vel potius hanc malitiosae desertioni aequiparant. Reliquas omnes, utut aeque graves, imo majores, excludunt. & separationem solam a thoro & mensa decernunt. Sed vereor, ne genuino fundamento destituatur ipsa haec causarum divertendi restrictio. Textus enim novi foederis *Matth. XIX, 9.* in quo omne praesidium collocant, tantum abest, ut opinionem fulciat, ut potius eidem adversatur. Primo enim omnes concedere debent, Salvatorem non egisse novum legislatorem, sed legis Mosaicae sensum depravatum restituisse. Cumque Judaei legem antiquam de divertendi licentia plus justo extenderent, id indicare voluit Christus, non omnem causam divortio locum facere, sed graviorem solum, quae sibi & naturae matrimonii repugnaret, imo divortia in se cum institutione matrimonii primaeva pugnare, Deumque ea ob duritiem solum cordis populi Judaici, ad evitanda majora mala permisisse. Conf. SELDENUM *in uxore Hebraea Lib. III. cap XXIII.* Deinde qui vocem πορνεία in textu allegato de delicto carnis solum accipiunt, nesciunt, quid agunt. Vellem enim, hac significatione admissa, lubenter scire, quo jure Paulus Apostolus *1. Cor. VII, 15.* eam de malitiosa desertione potuisset explicare. Et lubentius scirem, quo jure nostrates denegationem debiti conjugalis inter causas divortii collocarent. Aut itaque Paulus & nostrates errant, quando vocem de alia causa, quam de delicto carnis accipiunt, quod tamen absit, ut statuam, aut vox ipsa ampliorem significatum admittit, quam vulgo traditur. Ea vero ratione Princeps non peccabit, quando praeter causas allegatas & aliis similibus, aut majoribus, eum tribuit effectum, ut divortium operentur. De majoribus vero causis, quod movere debeant Principem ad divortia concedenda, eo minus dubito; quo magis videtur ratione destitui thesis: Matrimonium quoad vinculum dissolvi posse ob causam leviorem, nec tamen dissolvi posse ob causam graviorem. Cogita modo insidias vitae structas, & cum adulterio, cum malitiosa desertione, cum denegatione debiti conjugalis compara, dein dic, quae causa fidei conjugali magis sit contraria. Ego cum STRYCKIO *Diss. de Divortio ob insidias vitae structas* pro his pronuntiabo audacter. Generatim vero pro certo habeo, omnem causam turpem, quae mutuum amorem, mutuamque fidem tollit, & sic fini & naturae matrimonii adversatur, justam divertendi praebere posse causam, si Princeps consentiat. Confer, quae de hoc ipso argumento inter BOEHMERUM & KEYSERUM ex una, & LAN-

II. PORRO 3.) etiam dissolvuntur nuptiæ, si, jam ante nuptias, alterutra conjux impotens fuerit [t], vel contagioso morbo, vel furore, laboraverit, & hujusmodi vitium post celebratas nuptias apparuerit.

III. PRAETEREA 4.) dissolvuntur nuptiæ, si appareat, sponsam ab alio jam cognitam, si nimirum tentata reconciliatione, sponsus sponsæ condonare nolit.

IV. ATQUE hisce casibus parti innocenti, alias nuptias celebrare, permittitur. Aliquando etiam parti nocenti, sed rarius & non nisi certis conditionibus [s], novæ conceduntur nuptiæ. CARPZ *Jurispr. Consist. l.2. d.192.*

V. POSTERIORI modo, sive quoad thorum & mensam, in Consistoriis dissolvitur matrimonium ob nimiam sævitiam, modo altera persona conjugata alio modo tuta esse nequeat [u]. Nihilominus vero maritus alimenta debet suppeditare uxori; nisi bona illata, ad alimentationem sufficientia, ipsi restituerit. Vid. CARPZ. *ibid. def.213. & 214.*

GIUM atque MENCKENIUM ex altera parte disputata sunt in *Collectione Opusculorum de jure divortiorum*. Cæterum fidem conjugalem conjugem re ipsa fefellisse studio, nec partem læsam ab initio vel ex postfacto consensisse, omnino requiritur. Et sic certa uxor, quæ vim patitur, & maritus, qui ex errore aliam pro uxore cognovit, non delinquit *L. XIII. §. VII. ad L. Jul. de adult. cap. VI. caus. XXXIV. Qu. I.* Pari ratione maritus, qui lenocinio adulterii causa est, quique sciens cum adultera iterum concumbit, injuriam remittit *L. XLVII. D. solut. matrim. L. XIII. §. fin. D. ad L. Jul. de adulter.* Plane, si ab utroque conjugum adulterium sit commissum, dolus cum dolo compensatur *L. XXXIX. D. solut. matrimon.*

r) QUI peragitur citatione edictali, trina vice repetenda, & in tribus diversis locis publice, prævia plerumque prælectione ex suggestu in valvis templi affigenda. Potest tamen & una citatio publica sufficere, quæ triplicatum terminum continet. Modum contra contumacem procedendi vide in SCHILTERI *Institut. Jur. Eccles. Lib. II. Tit. XII. §. V.* Ut autem quis pro desertore haberi possit, neque absentia sola, neque temporis certi lapsus sufficit, sed causa absentiæ potius est respicienda, fierique ea ratione potest, ut processus desertionis contra eum, qui per semestre spatium absens est, locum habeat CARPZOV. *Jurispr. Consist. Lib. III. defin. LX. n.12. & 13.*

s) HIC vero nil interest, sive impotentia sit absoluta, sive respectiva, veluti, si quis respectu unius quidem fœminæ friget, cum altera tamen cohabitare potest WERNHER *P. II. Obs. CCCXCII.* Pari ratione matrimonii validitatem & ea impotentia impedit, quæ ex morbo sontico, contagioso, similique, qui, ut conjux concubitum abhorreat, efficit, originem habet. BERGER *Oec. Jur. p.m. 118.* SARCER *de caus. matrimonial. p. 189. & 231.* Impotentia tamen, quia facti est, ut probetur, est necesse, quod, quomodo fiat, disce ex SIMONIS *Dissert. de impotentia & STRICKII Jure sensuum Dissertat. II. cap. I.*

t) IMO Jus Canonicum nocenti aliud matrimonium inire non permittit *c. XII. X. de præsumtion. c. XXIII. & XXIV. caus. XXXII. qu. VII.* Sed limitatio, quam nostrates addunt, nocenti tum matrimonium esse permittendum, si donum continentiæ non habeat, regulam destruit. Et, si dicendum quod res est, vel ideo dura ista pœna cessare debet, quia necessariam condemnato occasionem peccandi suppeditat. Quare, utut Principes jus dispensandi sibi reservaverint, haut tamen difficiles esse solent in concedendo nocenti matrimonio, ex moribus quarundam provinciarum absque celebritate & pompa ineundo, imposita simul necessitate, alibi domicilium constituendi, CARPZOV. *Lib. II. defin. 191.* LUDOVICI *Diss. de cœlibatu pœnæ nomine imposito.*

u) PUTANT enim, ad separationem non esse procedendum, si maritus sese ad cautionem de non offendendo offerat, verum id raro effectum habet. Uxor enim plerumque cautionem non acceptat, & nolenti tamen eadem ipsa obtrudi nequit. Imo ipsa separatio regulariter effectu destituitur, cum rarissime eveniat, ut discordiæ inter conjuges enatæ sopiantur, & temporis lapsu cessent. Odia enim crescere magis post separationem, experientia docet. Est etiam

# TITULUS X. DE LEGITIMATIONE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Secunda caussa patriæ potestatis Legitimatio*, II. *quæ fit* 1. *per subsequens matrimonium*. III. *Hujus effectus*. IV. 2. *Per rescriptum Principis*. V. *Ejus effectus*.

I. SECUNDA caussa patriæ potestatis est legitimatio, quæ est actus, quo filii illegitimi fiunt legitimi [x]. §. *ult. I. de nupt.*

II. FIT hodie legitimatio 1.) per subsequens matrimonium, quando nimirum quis eam personam, ex qua liberos extra legitimam conjunctionem genuit, in uxorem ducit [y].

III. LEGITIMATIONE hac interveniente, filii ante nati, vel concepti, omnino æquales redduntur ex legitimo conjugio postea natis [z] *c.6. x. qui fil. sint legit.*

hoc medium cum gravi mariti incommodo conjunctum, cui fere semper onus alimentandi uxorem injungitur, utut ipsius uxoris culpa discordiæ enatæ sint. Detrimentum porro capit res mariti domestica. Quapropter optandum esset, ut vel aliud medium suppeteret, vel minimum major circumspectio adhiberetur, ne malæ mulieres lucrum ex separatione captarent.

x) PROBE tamen discernenda est Legitimatio Romanorum a legitimatione Germanorum. Ejus enim finis primarius est, ut filius, qui in Patria Potestate non est, in eam redigatur. Quare I) generatim intuitu eorum solum liberorum locum habere poterat, in quos Patria potestas cadebat. Et sic II) nulla liberorum ex damnato coitu natorum erat legitimatio, sed naturalium tantum. Pater porro III) ut viveret adhuc, erat necesse. IV) Liberorum, qui nunc alieni juris fiebant, requirebatur consensus. V) Patri solum relicta erat facultas, in subsidium, si concubinam non posset uxorem ducere, Principem de legitimatione liberorum adeundi. Et quæ sunt id generis alia Juris Romani capita, ex isto principio deducenda, quæ vide in THOMASII *Differtat. de Usu Pract. tit. Institut. de Legitimatione*. Nostræ vero legitimationis primarius finis est abolitio maculæ nativitatis, utut legitimati per consequens juribus liberorum legitimorum fieri possint participes. Sic I) legitimatio locum etiam habet in spuriis, adulterinis & incestuosis. II) Consensus liberorum præcise non requiritur. III) Datur legitimatio post mortem patris. IV) Liberi ipsi, invito etiam patre, de macula nativitatis tollenda solliciti esse possunt. Verbo: Legitimatio Romanorum patris, nostra liberorum magis favorem respicit.

y) ATQUE hæc, ut effectum producat, omnibus istis requisitis debet esse instructa, quæ matrimonium legitimum efficiunt. Quare & olim pactis dotalibus opus erat, quibus legitima uxor a concubina sese distinguebat § *XIII. I. de nupt. L.X. & XI. C. de natural. liber.* Hodie benedictionem sacerdotalem adhiberi constat.

z) JURA itaque liberorum legitimorum consequuntur, sive legitimam nativitatem respicias, cujus testimonium illis nunquam denegandum, sive jura successionis, ita tamen, ut jus ex lege, vel pacto liberis legitimis jam quæsitum, quippe quod patris arbitrio non subest, interverti nequeat. Legitimatos itaque neque in feudo, neque in fideicommisso familiæ succedere posse credo. Certe Jus Longobardicum legitimatos a successione feudali diserte excludit. II. Feudor. *XXVI.* §. *Naturales*. Violentas enim aliorum hujus textus explicationes cum HORNIO *Jurispr. Feud cap. XV.* §. *III.* & BEYERO *Delin. Jur. Feud. cap. VII* § *LXXVII. sq.* merito rejicio. Nostram explicationem sequuntur Brunsuicenses & Lüneburgenses vi Constitutionis Henrici Julii de ann. 1593. Idem juris est in Marchia Brandenburgica, in feudis avitis Magdeburgicis, FLEISCHER *Instit. Jur. Feud. cap. VII.* §. *XLVIII.* Cum itaque legitimatio per subsequens matrimonium non possit fieri in præjudicium ejus, cui jam certorum bonorum intuitu ratione successionis jus quæsitum est, & id sequi videtur, non posse legitimationis tempus per fictionem retrotrahi ad tempus concubitus, quatenus inde jus tertii læditur, quod exemplo a jure primogenituræ desumto & rationibus illustrat LEYSER *Specim. XIX, med. III.*

IV. FIT 2) legitimatio per rescriptum Principis [a], quando nimirum Princeps vel ipse, vel per Comites Palatinos [b], integros quasi natales concedit.

V. HAEC legitimatio non solum tollit maculam illegitimæ nativitatis, sed etiam ejusmodi legitimatis, nullis aliis liberis legitimis extantibus, idem jus tribuit, ac si a parentibus legitime essent progeniti. Sin vero legitimi liberi extent, isti legitimati regulariter non succedunt in hereditatem parentum [c]; qua de re *lib.2. tit.30. aph.8.* pluribus. ADD. *Lib.1. Tit.10. § ult. I. de nupt.*

## TITULUS XI. DE ADOPTIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Tertia causa patriæ pot. Adoptio.* L. 1. ff. t. 7. de adopt. & emanc. & al. mod. quib. potest. solv. II. *Ejus divisio.* III. *Arrogationis descriptio.* IV. *Adoptionis in specie ita dictæ defin.* V. *Hujus subdivisio in perfectam, & imperfectam.* VI. *Similis adoptioni est unio prolium.*

I. ULTIMA causa patriæ potestatis est adoptio [d], quæ est legitima alicujus

a) ERAT hic legitimandi modus olim subsidiarius & tum demum patri Principem adire licebat, quando matrem viventem in matrimonium sumere impediretur. Sed, cum hodie, quod diximus, favorem magis liberorum respiciat legitimatio, nil obstat, ne liberi ipsi, sive matrimonium inter eorum parentes esse possit, nec ne, a Principe legitimos impetrent natales.

b) HORUM originem & officium, si recte judico, accurate enucleavit SPENER *in Programm. Academico de Comit. Palatin. origine.* Probat enim, eos ab Imperatore olim in diversis civitatibus eum in finem fuisse creatos, ut, qui gratiæ Imperatoris in causis, quæ ejus auctoritatem desiderabant, fieri cuperent participes, sumtibus itineris ad Palatium Imperatoris suscipiendi parcere possent. Fecit vero abusus Comitivæ in præjudicium superioritatis territorialis sæpenumero extensæ, ut in provinciis statuum sensim Comitum Palatinorum auctoritas diminueretur.

c) TU nota: Tantum juris consequi legitimatos per rescriptum Principis, quantum Princeps ipsis tribuere voluit & potuit. Quid Princeps dare voluerit, ex verbis rescripti est dijudicandum. Utut autem Princeps omnia legitimatis jura liberorum legitimorum assignarit, ista tamen indulgentia semper ita accipienda, ne jus tertii lædatur. Quapropter neque successio in allodialibus in præjudicium legitimæ, neque successio in feudalibus in præjudicium agnatorum concedi potest. STRUVII *Synt. Jur. Civ. Ex. III. th. LV* & *Synagmat. Jur. Feudal. cap IX. th. III. num. 9. seqq.*

d) HOC negotium Romanis admodum frequens speciales suas Romæ habuit causas. Partim enim Romani sacra domestica, quæ perire nollent, cum ea ratione & periret splendor familiæ, deficientibus propriis liberis, per adoptionem propagabant, partim, ne privilegiis in numerum liberorum statutis carerent, liberos, quos natura denegasset, per fictionem hanc sibi quasi procreabant. Atque hæ causæ movent THOMASIUM *in Dissert. de usu Pract. tit Institutionum de Adoptionibus*, ut ex instituto contra usum adoptionis hodiernum in Germania disputet. At enim vero usum adoptionis vix negari posse, tam ex iis, quæ KULPISIUS *in Diss. de adopt. Princip.* collegit, tum ex aliis documentis, quæ habet LEYSER *Spec. XX. medit. I. & II* facile patet. Quod autem opus sit, in adoptionibus Germanorum Jus Romanum vocare in subsidium, ea de re merito dubito. Habuerunt Germani adoptiones ab antiquissimis temporibus, & tamen Juris Romani præsidio tuto caruerunt. Finis ejus semper fuit conservatio splendoris familiæ. Translatum est jus succedendi in regnis, provinciis, feudis per adoptionem. Et eatenus semper publica auctoritate erat peragenda, ne jus alterius læderetur. At enim vero eo fine, ut adoptatus successionis tantum fieret parti eps, Germanos unquam adoptasse, vix credo. Hanc adoptionis speciem juris Romani receptio produxit, eaque sibi Germani placuerunt præter necessitatem, cum minori periculo heres institui possit in testamento, & majori efficacia patrimonii substantis in extraneum transferri per pacta. Nec alter finis, Patriam nempe

in fi-

in filium, nepotemve assumtio: vel est actus legitimus, per quem filius fit, qui natura talis non est [e]. § 4. & 8. *I. de adopt.*

II. DIVIDITUR in arrogationem, & adoptionem in specie sic dictam. *l. 2. ff. de adopt.* §. 2. *I. eod.*

III. ARROGATIO est, qua persona sui juris, consentiens, causa cognita, Principis rescripto interveniente, ab eo, qui potest habere filium in potestate, in filiumfamilies assumitur. *d. l. 2. pr. l. 15. §. 2. d. t. §. 1. I. eod.* add. GAIL. 2. *O.* 125.

IV. ADOPTIO in specie sic dicta est, qua persona, in potestate patris naturalis vel adoptivi constituta, non dissentiens, a patre, alteri habili, accedente autoritate Magistratus, in filium datur.

V. HAEC adoptio juxta *l. pen. C. de adopt.* distinguitur [f] in perfectam, quæ perfectum filiumfamilias reddit, & per quam adoptatus venit in familiam, & potestatem patris adoptivi; cujusmodi est, quæ fit a persona ascendente, v. g. ab avo materno: & imperfectam, qua adoptivus non est in familia, & potestate patris adoptivi, sed tantum affectione paterna, ut filius habetur, ac in domo ejus educatur, aliturque, & porro ei ab intestato succedit; cujusmodi est, quæ fit ab extraneo, *d. l. pen.* item quæ secundum *l. 5. C. eod.* fit a fœmina.

VI. SIMILIS adoptioni est hodie, in nonnullis locis, unio prolium, *die Ein-*

Potestatem acquirendi, Germanis adoptionis usum commendare poterat, cum adeo pinguia pater hodie haud exercere possit jura, quæ patri Romano competebant, & Patria potestas oneri magis sit patri, quam commodo, si ejus naturam hodiernam spectes. Interim semel approbato adoptionum usu nulla hodie datur adoptio privata; sed publica auctoritate semper est munienda, ut adoptatus juribus successionis particeps fiat. LEYSER *d. Specim. med. IV.* SCHILTER *Exercit. III.* § *XVI.*

*e*) DUPLEX hic Juris Romani principium non est prætermittendum, quod doctrinæ de adoptionibus multum lucis affert. Nimirum, I) adoptionem fuisse modum Patriam Potestatem consequendi subsidiarium II) adoptionem imitari naturam §. *IV. J. de adoption.* Ex priori enim sequitur, a) non dari locum adoptioni, si quis liberos modo ordinario quæsivit *L. XVII. §. III. de adoption.* b) Cessare etiam adoptionem, quamdiu spes generandi adest *L. XV. §. 2. Eod.* c) fœminas non potuisse adoptare, quia liberos in potestate habere non poterant. Postea enim fœminis id jure speciali permissum est *§. X. J. & L. V. C. Eod.* nec d) filium familias potuisse adoptare *L. XXI. ad L. Jul. de adult.* e) consensu tam patris adoptantis, quam filii adoptati opus fuisse, si sui esset antea juris, *L. II. princ. D. Eod.* Patri enim suus heres agnascebatur, filius mutationem status subibat. Indeque est f) quod arrogatio impuberis nullum habuerit effectum, nisi filius pubes factus expresse iterum consentiret. *L. XXXIII. D. eod.* Quodque g) tam varias cautiones in arrogatione impuberis observari jusserint leges § *III. J. Eod.* Ex posteriori iterum fluit a) adoptantem plena pubertate adoptatum præcedere debere *L. XVI. & XL. §. I Eod.* b) non dari adoptionem ad tempus *L. XXIV. Eod.* c) non adoptare, qui plane generare non potest § *IX J. & d L. XL* § *II. D. Eod.* d) adoptionem fieri debere bona intentione *L XVII. pr. D. Eod.* Inde etiam e) facile cognoveris, omnia ea cum adoptato communicari, quæ familiæ sunt. Et sic olim etiam jure imaginum, sive nobilitatis, participes fiebant adoptivi HUBER *Digression. P. I. Lib. II. cap. ult.* quod hodie secus. Pari modo f) adoptivi juris successionis, quatenus liberæ patris dispositioni subjacebat, fiebant capaces. Reliqua taceo.

*f*) OLIM nulla, ratione effectus, inter adoptionem erat distinctio, sed unice ad finem primarium, Patriam nempe Potestatem respiciebatur. Et sic omnis adoptio in favorem magis patris, quam liberorum concipiebatur. Ex adoptione vero minus plena adoptans nullum capiebat emolumentum, sed ea adoptivo solum erat proficua; Ex quo facile patet, hanc adoptionem peragi posse ab eo, qui liberos in potestate habere

*kindſchafft*, quæ eſt actus [f], quo cauſa cognita, Magiſtratus autoritate, & eorum, quorum intereſt, conſenſu accedente, pater, vel mater, ad ſecundas nuptias tranſiens, cum conjuge novo paciſcitur, de liberis ſuis, ex priori matrimonio procreatis, vel etiam cum iis, quos forte itidem ex priori matrimonio alter conjux ſuſcepit, uniendis ita, ut, præſertim quoad ſucceſſionem, omnes æque, ac ſi ex utroque geniti eſſent, cenſeantur. Vid. JACOB. RICKIUS *tr. de un. prol.* HAHN. *diſſert. de jur. rer. concl.* 73.

ADD. *L.* 1. *Tit.* 11. *I. de adoptionibus*.

## TITULUS XII. QUIBUS MODIS PATRIA POTESTAS SOLVITUR.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Patria poteſtas ſolvitur* 1. *morte*, II. 2. *Maxima & media capitis diminutione*, III. 3 *Dignitate quadam*, IV. 4. *Emancipatione*; V. *Moribus hodiernis propria inſtituta œconomia*.

I. PATRIA poteſtas ſolvitur 1.) morte patris, avive paterni, ita tamen, ut, ſi avus paternus hactenus & filium, & nepotes ex eo natos, in patria poteſtate habuerit [h], poſt mortem illius avi, nepotes veniant in poteſtatem ſui patris. *pr. I. quibus mod. patr. pot. ſolv.*

II. SOLVITUR 2.) patria poteſtas maxima & media capitis deminutione, patris, vel filii, h. e. ſi pater vel filius in ſervitutem redigatur, vel jus civitatis amittat. Vid. *tit.* 14. *inf. h.*

III. SOLVITUR 3.) patria poteſtas ſingulari dignitate filii [i]. vid. *l. f.* Ɵ. *de*

nequit. Verum & ratio ſic e longinquo non eſt accerſenda, quare in hac adoptione tacitus adoptati conſenſus ſufficiat *L. V. D. de adoptionibus.*

*g*) VEL brevius: Eſt pactum ſucceſſorium acquiſitivum, a parentibus cum liberis diverſi matrimonii publica auctoritate initum, eo fine, ut cum liberis propriis ratione ſucceſſionis exæquentur. Publica auctoritas, quæ cauſæ cognitione, & accedente decreto abſolvitur, ideo neceſſaria eſt, quo evitetur detrimentum liberis uniendis imminens, ſi diſpares ſunt numero, vel diſpares facultate. Quia vero pactum eſt, dubio procul I) & parentum & liberorum uniendorum legitimus intervenire debet conſenſus, II) non fieri poteſt, niſi de bonis, de quibus parentes diſponere poſſunt, III) perpetuum eſt, nec niſi mutuo diſſenſu tollitur. Quia pactum ſucceſſorium eſt, teſtamenti factionem parentibus adimit, & facultate alienandi bona, de quibus unio inita, eos privat. Quia denique liberos diverſi matrimonii ratione ſucceſſionis a parentibus acquirendæ ſolum exæquat, id etiam conſequens eſt, quod ſucceſſio neque reciproca ſit, neque uniti inter ſe ſuccedant, præterea nec Patriam poteſtatem vitrico confert, nec cognationem vel affinitatem inter unitos introducit. Confer STRYCKIUM *de ſucceſſione ab inteſtato Diſſ. VIII.* præprimis RYCKIUM *in pecul. tractat. de unione prolium.*

*h*) QUOD principiis quidem Romanorum optime convenit, quibus, ut ſupra oſtenſum, Patria poteſtas erat dominium vere ſic dictum, nec ideo mirum, quod, cui competeret dominium in rem principalem, filium nempe, haberet etiam dominium in rem acceſſoriam, id eſt, nepotem § *III. J. de P. P.* At enim indoles noſtræ poteſtatis parentum ejuſmodi effectus vix producit, nec caſus dabilis eſt, ut nepos demum poſt mortem avi in patris poteſtatem perveniat, cum pater ipſe, inſtituta ſeparata œconomia, poteſtatem patris exire ſoleat. Ex eadem ratione nepos etiam, mortuo patre a patris ſui poteſtate jam liberato, in avi poteſtatem recadere non poteſt.

*i*) TALI nimirum, quæ liberabat a curia *L. fin. C. de decurion.* quatenus onus eſt liberis. NOVELL. *LXXXI. cap. II.* olim ſola Patriciatus dignitas §. *IV. Inſtit. quib. mod. P P. ſolvit.* quæ primaria erat in aula Imperatoris a temporibus Conſtantini Magni cognita. Abſonum enim vi-

*Decur. Nov.*81. *c.*1. Non tamen liberat a patria potestate dignitas Clericalis, aut Doctoralis. CARPZOV. *p.*2. *c.*10. *d.*4.

IV. DENIQUE 4.) emancipatione [k] §.7. *I. quib. mod. patr. pot. solv.* vel etiam adoptione, ab avo paterno facta. *d. l. pen. C. de adopt.*

V. MORIBUS hodiernis loco emancipationis est, quando liberi majorennes propriam, a paterna familia separatam, instituunt oeconomiam [l], vid. CONSTIT. ELECT. *part.*2. *c.*10. ibique CARPZOV.

Add. *L.*1. *T.*12. *I. quib. mod. patr. pot. solv.*

debatur, eum, quem ipse Imperator, ut patrem, veneraretur, patris naturalis potestati adhuc subesse. Id postea ex paritate rationis extensum est ad dignitatem Consularem & Episcopalem in d. NOVELL. *LXXXI.* cum & hoc inconveniens videretur, patri subesse eum, qui ipse pater civium esset & Ecclesiæ. Hodie omnis dignitas a Patria Potestate liberat, quatenus cum separata oeconomiæ institutione est conjuncta, vel potius, quia plerumque accidere solet, ut ad dignitatem admissus se a familia paterna actu separet.

*k*) ERAT hæc Romanis actus solennis, quo pater interveniente trina imaginaria venditione & manumissione sese dominio suo, quod in filium habuerat, abdicabat. Eamque solennitatem ipsa liberorum conditio antiqua desiderabat, cum rebus mancipi annumerarentur, harum autem rerum alienatio non nisi mancipatione peragi posset. CAJUS *Instit. Lib.I. Tit.VI.* §.*III.* ibique SCHULTINGIUS. Ipsum ritum ulterius declarat HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib.I. Tit.XII.* Nec mirum est, si naturam patrii istius dominii respicias, patris consensum in emancipatione necessarium fuisse, maxime, cum commodis Patriæ Potestati cohærentibus sese abdicaret. Quia vero hic actus & filium incommodo afficeret, dum a familia excluderetur, & extranei instar haberetur *L.IV. & V. C. de emancipat.* præterea patri etiam dimidiæ peculii adventitii partis usufructus in præmium emancipationis cederet *§.II. J. per quas person. cuique acquir.* filii quoque consensum in emancipatione esse requirendum, Romani existimaverunt. Post varia tamen temporum intervalla non solennitates solum, in emancipatione adhiberi solitas, remiserunt Imperatores Anastasius in *L.V. C. de emancip. liber.* & Justinianus in *L. ult. C. Eod.* sed Jus Novellarum quoque durum emancipationis effectum ratione successionis temperavit. Rationibus igitur rite subductis, asserere non dubito, quod usum emancipationis Romanæ præter necessitatem defendant nostrates. Neque enim pater dominium habet in liberos, neque liberi rebus annumerantur, neque demum Patria potestas hodierna ad dies vitæ durat, sed ipso jure finitur per exitum liberorum ex familia Patris. Qui vero tacitam emancipationem, quæ certe contradictionem in adjecto continet, fieri dicunt, quando liberi a patris familia se separant, vel quando pater cum liberis contractum celebraturus iis tutorem petit, illi fallunt & falluntur. Ibi enim pater filium e potestate non dimittit sua voluntate, sed filius ipse se a patris potestate eximit suo arbitrio. Hic vero, ut contractus subsistat, emancipatione haud opus est, cum cessante fictione unitatis & cessare debeat Juris Romani prohibitio, ne filius cum patre contrahat vid. THOMASII *Diss. de quasi emancip. Germanor.* & BEYERI *Jus Germanic. Lib.I. cap.XXVI.* § *XLI. sqq.*

*l*) QUOD ita fit, quando liberi sedem fortunarum fixam eligunt eo fine, ut separatas a patris familia habeant rationes. Et sic certe fieri potest, ut quis a patre separatim habitet, & alibi degat, nec tamen ex patris potestate exeat, e contrario vero quis in patris domo vivat, a potestate quamvis immunis. Sigillatim in filiabus Jure Germanico hoc unum sufficit, quod mediante matrimonio in aliam familiam transeant. JUS SAXON. *Lib.I. art.XLV.* MEVIUS AD JUS LUBECENS. *P.I. Tit.III. ad rubric. n.*25. Filii vero, qui se separant, ut majorennes sint, & ex moribus quarundam provinciarum, ut simul matrimonium contrahant, requiritur. THOMASIUS *Dissert. alleg.* SANDE *Decis. Frisic. Lib.II. Tit.VII. def.*6. Ut vero hæc separatio jura successionis non tollit, nisi ubi cum assignatione certæ bonorum paternorum partis conjuncta est, quod in quibusdam civitatibus maritimis fieri, testis est MEVIUS *P.II. Tit.II art.XXXIII.* add STRYCK *de jur. singular. fœmin. Hamburg. cap.II* §.*XI. seq.* ita & patrem usufructu, quem hucusque in bonis liberorum adventitiis habuit

# TITULUS XIII. DE TERTIA DIVISIONE PERSONARUM.

## SUMMARIA.

APHOR. I. III.) *Ratione status dividuntur personæ in cives & peregrinos.* L. 50. ff. t.1. Ad municip. & de incol. II. *Civium alii sunt nobiles, alii ignobiles.* III. *Alii sunt in collegio.* L.47. ff. t.22. de colleg & corp. IV. *Quidam sunt infames,* L.3. ff. t.2. de his, qui not. infam. V. *Infamia vel est facti.* VI. *Vel juris.* VII. *Quæ irrogatur aut immediate a jure, aut per sententiam.* VIII. *Affinis infamiæ est levis notæ macula.* IX. *Quinam sunt infames.* X. *Abolетur infamia per restitutionem.* L. 48. ff. t.23. de sent. pass. & rest.

I. TERTIO ratione status dividuntur personæ in cives & peregrinos. *arg. l. ult. verb. tertia enim sunt. ff. de cap. min.* Cives dicuntur [m], qui fruuntur jure civitatis, *die das Bürger-Recht haben*, vid. *tot. tit. D. ad municipal.* Peregrini dicuntur [n], qui non sunt participes ejusmodi juris civitatis.

### Additiones MENCKENIANAE *Lib. I. Tit. VII. VIII. IX. X. XI. & XII.*

privat, cum ratio ejus, nempe onus educandi, cesset. Et sic pater liberis bona restituere debet. JUS SAXON. PROVINC. *Lib. I. art. XI.*

*m*) CIVEM hic recte definit Auctor. Idem enim, quam sibi de cive Aristoteles format, quod nempe jus deliberandi & suffragium ferendi de republica habeat, civi solum in Democratia viventi convenire per se patet. In Germania duplex jus civitatis occurrit. Altero gaudent status Imperii, altero cives mediati. Illud Jus publicum considerat, hoc jus privatum. Consistunt autem jura civium mediatorum præsertim in jure opificiorum & collegiorum, jure braxandi, cauponandi, mercaturæ & aliis pluribus, quæ enucleat BEYER *Jure German. Lib. I. cap. XI.* Eoque nomine sese distinguunt a nobilibus & rusticis. Quo vero horum jurium fiant participes 1) certam pecuniæ summam pro receptione exsolvunt, 2) juramentum civium præstant, eoque ipso sese ad onera personalia subeunda obligant, 3) in matriculam inscribuntur. BERGER *Oec. Jur. p. m. 47.* Cave tamen cum jure civium confundas jus civitatis, *das Stadt-Recht*. Hujus enim concessio a Principis voluntate dependet THOMASIUS *Diss. de jure stat. Imper. dandi civitat.* Idque sub se complectitur jus exercendi jurisdictionem, jus ordinandi res ad politiam spectantes, jus habendi magistratum & curiam, jus statuta condendi, jus nundinarum, jus munera civibus imponendi, de quibus iterum vide BEYERUM *dict. loc.*

*n*) Non itaque denegantur peregrinis jura hominum communia, matrimoniorum puta, contractuum & testamentorum, quamvis Romanos hæc jura peregrinis haud concessisse, eorque magis omni juris tam publici quam privati exercitio privasse, ex variis juris Romani textibus constat, quos vide in HEINECCII *Antiqu. Roman. Append. Lib. I. p.* 400. Melior vero deinde eorum conditio extitit vel beneficio populi, vel clementia Principum, omniaque demum civium jura cum iis communicavit Caracalla in *L. XVII. D. de stat. homin.* quam dilucido commentario explanavit SPANHEMIUS *de Orbe Roman.* Ut mirum sit, Doctores hanc novam peregrinorum conditionem demum Friderico II. adscribere, eamque ex AUTH. *omnes peregrini C. Commun. de success.* derivare, cum tamen hic textus magis peregrinantibus consulat, & consuetudini cauponum irrationabili, qui bona morientium peregrinorum sibi appropriabant, obicem ponat. Quicquid tamen sit, peregrini aliorum jurium, quam quæ communia dicuntur, hodie regulariter non fiunt participes, quando in numerum civium non sunt recepti. In honoribus etiam conferendis indigenarum plerumque potior est ratio, salva tamen Principi relicta facultate, peregrinis quoque honores & dignitates conferendi. Præterea & moribus quarundam provinciarum fiscus jus occupandi peregrini hereditatem sibi vindicat, quale jus in Gallia vigere constat, vid. STRYCK *ad Lauterbach. tit. de stat. homin. p.* 37.

II. Cives in republica [o] vel dignitate singulari fulgent, ut Nobiles [p], Doctores vid. *t. t. C. de dignitat.* Nolden. *de stat. nobil.* & quidem nobilitas hodie a patre nobili in liberos propagatur: etiamsi mater sit ignobilis. [q] *arg. l. 13. C. de dignit.* Carpz. 3. *const. 37. def.* 1. vel sunt plebeji. Add. Rennem. *Jurispr. Romano-Germ. membr.* 1. *D.* 7.

III. Praeterea inter cives quidam specialia ineunt collegia [r], quæ suis peculiaribus juribus & statutis fruuntur. Vid. *tit. ff. de colleg. & corp.*

o) Cives, quatenus eos in sensu generali cosideras, commode dividuntur in originarios & voluntarios, sive incolas. Illi dijudicantur ex jure civium, quod obtinuerunt, hi ex habitatione in civitate. Quia vero & hi tutela magistratus fruuntur, æquitatis est, ut & onera personalia subeant imo & patrimonalia, si possessiones habeant. Alia ratio est suburbicariorum, *der Vorstadtere*, quippe quorum mox melior, mox deterior conditio est. Regulariter jure civium non fruuntur, subsunt tamen magistratui urbano. Sigillatim in odiosis, ubi civitati cum extraneis res est, urbem a suburbio separari, illamque muro contineri dicunt Berger. *Oec. Jur. p. m.* 61. Cum suburbicariis tamen denuo non sunt confundendi Pfalburgeri, per quos recte intelligimus eos, qui in præjudicium civitatis, cui adhuc fuere adstricti, alterius civitatis membris sese associant. Hos enim recipere in numerum civium vetat Aurea Bulla *tit. XVI.* ibique Limnaeus *Obs. II.* Qui tempestive monet, nullam obesse legem, quo minus quis alterius civitatis tutelam impetrare possit, modo a fraude & dolo sit alienus. Dari enim ejusmodi cives, qui & domicilio in quadam civitate, & tutela ejus otontur, nec non de possessionibus onera recipiunt, cæterum forum privilegiatum agnoscunt ratione personæ, experientia docet. Denique & dentur cives, qui neque in urbe habitant, neque jurisdictionem magistratus in personalibus agnoscunt, sed tantummodo possessionum causa, quas ibi habent, nexum cum civitate colunt, qui Forenses nominantur. Sed de his & aliis plenius egit Beyer *Jur. German. Lib. I. cap. XII.* Conf. *Introduct. in Jus Saxonic. P. I. Exerc. IX §. III. sq.*

p) Horum jura iterum late exponit Beyer *d. loc.* Cum his tamen Patricii non sunt confundendi. Utut enim hi ipsi, postquam civitates Germaniæ sub Henrico Aucupe incrementa cepissent, urbes vel magistratus in se recipiendi causa, vel habitandi & commodius vivendi gratia intrarent, postea tamen iis instituta civium ita placere cœperunt, ut & ipsi illis nomina darent, & personas civici ordinis thori socias optarent. Idque cum displiceret ingenuis reliquis, antiquorum institutorum tenacioribus, non dubitarunt iidem, quin quædam ingenuitatis jura sibi solis vindicarent, & præeminentiam in eo collocarent, quod Patriciis præclusus esset ad ista jura liber accessus. Cui defectui, ut obviam irent patricii, ex re sua duxerunt, peculiaribus diplomatibus Imperatoriis jura nobilitatis conservare. Eaque ratione enata est distinctio inter Patricios legales, & vulgares. Ex quibus illi nobilibus per omnia æquiparantur, hi a quibusdam juribus, maxime jure torneamentorum excluduntur, Beyer *d. l.*

q) Sed tamen, qui ex patre nobili & matre ignobili sunt progeniti, iis juribus non fieri possunt participes, quæ ingenuos natales ex utraque parte requirunt. Atque hi natales adesse debent, 1) ut quis recipi possit in Collegia majora Capitulariom 2) ut quis jure torneamentorum fruatur, in quibusdam provinciis 3) ut deliberationibus in Comitiis provincialibus interesse possit. In reliquis casibus sufficit nobilitas ex linea paterna Ziegler *de jur. majestat. Lib. I. cap. XVIII. §. XVIII.*

r) Auctor hic dubio procul intelligit collegia opificum, quæ cum aliis collegiis in eo conveniunt, quod I) se uniant ad finem specialem & stabilem, atque sic societatem perpetuam ineant, II) quod publice debeant esse approbata, III) quod statuere possint de negotiis Collegii, IV) quod ipsis habere liceat res communes, arcam communem, sigillum commune, V) quod Syndicum constituere debeant, qui negotiis eorum judicialia pertractet, VI) quod beneficio restitutionis in integrum utantur. Hæc jura, ut & originem Collegiorum opificum erudite pro more enucleavit Heineccius *Diss. de Collegiis & corporibus opificum.*

IV. NOTANDUM etiam hic, quod, ob certas causas, cives quidam infamia notentur. Est vero infamia privatio bonæ existimationis, & inde dependentium jurium, ob violatam, turpibus factis, vitæ morumque honestatem, inducta *l.* 17. *C. ex quibus caus. infam. irrog. l.* 3. *pr. ff. de testib. l. pen.* §. 1. *& seqq. ff. de extraord. cognit.*

V. DIVIDITUR infamia in infamiam facti & infamiam juris[s]. Infamia facti est, quæ ex turpi facto, jure tamen non specialiter notato, nata, existimationem alicujus, apud bonos & graves viros, onerat. *l.* 13. *C. d. t. l.* 20. *ff. de his, qui not. inf.* add. *l. un. C. de inf. lib. X. tit.* 57.

VI. INFAMIA juris est, quæ ex turpi aliquo facto orta, autoritate juris, id factum specialiter notantis, irrogatur *d. l.* 20. *ff. de his qui it. l.* 8. *& l.* 20. *C. eod. tit.*

VII. IRROGATUR autem vel immediate[t] a jure, cum tale quid notorie commissum est, quod, nulla judicis sententia expectata, leges infamia notant. vid. *l.* 1. *de his, qui not. infam. & l.* 5. *eod.* vel mediate, per sententiam condemnatoriam, in causis famosis[u], quæ enarrantur, *in l.* 1. *vers. Qui in judicio, & seqq. de his qui notant. infam.*

*s*) UT dudum observarunt viri eruditi, JCtos incautos fuisse in discernendis terminis infamiæ in Republica & extra Rempublicam, summaque imis hoc in argumento miscuisse, vid. THOMASII *Dissert. de existimatione, fama & infamia extra Rempublicam*, ita non abs re videtur, terminos illos sollicitius distinguere. Vel enim homines peccant contra regulas honesti & decori, illi philosophice solum & moraliter infamiam contrahunt, seque ipsos suspicione gravant, quod pro idoneis humanæ societatis membris haberi non possint, vel peccant contra regulas justi, & legem prohibitivam, & sese indignos faciunt societate civili. Ista infamiæ species ad Jurisprudentiam proprie non pertinet, si tamen divinare licet, valde probabile videtur, JCtos ideo de infamia facti decisionibus suis quædam immiscuisse, quod vi æmulationis, quæ inter eos & Philosophos intercedebat, cives vellent non legibus solum sed & virtuti conformem vitam agentes. Interim diversos non posse non producere diversas has infamiæ species effectus palam est, sicuti etiam diversa ratione contrahuntur, & diverso modo cessant. En differentias principales. I) Infamia juris unico facto a legibus notato contrahitur. Infamiam facti non contrahit, nisi qui honestatem & decorum interata vice vilipendet, *der aus liederlichen Dingen ein Handwerck macht*. II) Infamia juris existimationem apud omnes, infamia facti apud graves & honestos viros lædit. III) Illa a dignitatibus suscipiendis & susceptis removet *L. XII. C. de dignitat.* hæc a suscipiendis solum *L. II, C, Eod.* IV) Illa perpetua est, nec nisi Principis dispensatione interveniente tollitur *L. XLIII. §. IV. de Ritu nuptiar.* Hæc cessat, quando quis ad sanos mores revertitur, quod ex lapsu triennii, per quod quis a turpi vita destitit, colligi posse credit SCHILTER *Exerc. X. §. XXVI.* V) Illa testem suspectum facit, hæc fidei testimonii non obest.

*t*) IDQUE fit, quando factum ita notorie injustum est, ut nulla ratione excusari possit. v. c. Si quis in adulterio deprehensus *L. XLIII. §. XII. de Rit. nupt.* Frustra enim sententia judicis desideratur, quando factum negari aut excusari nequit. Mediate irrogatur infamia in delictis non notoriis, quæ vel negari vel excusari possunt. Tunc enim opus est, ut judex prius inquirat; an & quo animo perpetratum sit delictum, ne is, qui citra intentionem delinquit, æquali pœna subjiciatur cum illo, qui ex proposito peccat.

*u*) PERTINENT huc etiam nonnulli contractus, in quibus de singulari fide rupta actio directa instituitur, puta: tutela, depositum, societas, mandatum. Non solum enim hi contractus per se peculiarem fidem requirunt; sed & perfidia sine dubio turpior, quam necessarii & amici, qui in ejusmodi contractibus plerumque eligebantur, committunt. *L. VI. §. V. De his, qui notant. infam.* Possunt tamen, qui condemnationem ex actione directa metuunt, transactione interveniente sese a pœna infamiæ liberare *L. VII. D. Eod.* quod in delictis secus. Primo enim contrahens, qui fidem violat, non fit infamis, nisi sententia lata, atque in ea doli mentio facta sit.

VIII. Affinis infamiæ est levis notæ macula *x) *l.* 27. *C. de inoff. test.* Illa vero macula oritur vel ex fordido vitæ genere, quod quis exercet, ut in lictoribus & carnificibus. vid. Marquard. Freher. *tr. de infam. lib.* 3. *c.* 24. vel ex illegitima nativitate *y)*, ut in spuriis. *l.* 12. *C. de natur. lib.*

IX. Non vero inter infames, aut levi macula notatos, recensendi sunt *z)* molitorum, textorum, chirurgorum, balneatorum, opilionum liberi, Policey-Ordn. *de An.* 1577. *tit.* 38. §. 1. imo nec lictorum filii. Carpzov. *part.* 2. *dec.* 112. Item iis non annumeratur ducens imprægnatam ab alio. Carpz. *p.* 2. *C.* 6. *d.* 14. item qui torturam sustinuit vid. *l.* 22. *ff. de his, qui not. inf. l.* 14. *C. eod.* Freher. *d. tr. c.* 15. *n.* 10.

X. Aboletur infamia *zz)* per restitutionem in integrum, cum Princeps famam restituit. vid. *l.* 7. *C. de sentent. pass. & restit.*

Deinde, ille quidem, qui super delicto transigit, delictum confitetur, & sic ex ficta confessione infamiam incurrit *L. IV. §. fin. D. Eod.* at qui super contractu transigit, hoc solum fatetur, quod contraxerit. Fidem vero se violasse neque fatetur, neque negat, & sic nec pœna locum habere potest.

*x)* Tertium hoc infamiæ genus interpretes præter mentem Juris Romani finxerunt. Ad oculum enim demonstravit Heineccius *in Diss. de levis notæ macula*, Triboniani incuria Legem *XXVII. C. de inoffic. testam.* in qua istam maculam sese invenisse gaudent rerum Romanarum incuriosi, mirifice corruptam, ex duabus legibus Constantini Magni formatam, & intentionem legislatoris alias satis perspicuam in sensum plane diversum detortam esse. Natales igitur hæc levis notæ macula Germaniæ debet, & vel clero papali, vel collegiis opificum, vel forsan utrisque adscribendum est, quod nova infamiæ species sit excogitata. Postquam enim invaluerat mos, ut Clerus in monasteria & Collegia coactus, & de propagando monstro jurisdictionis Ecclesiasticæ sollicitus, immunitatem Ecclesiasticam cum variis opificibus, quibus carere haud poterat, communicaret aliosque excluderet, tanta hæc res visa est Collegiis opificum, ut exclusos vix dignos judicarent, qui jure Collegii participes fierent, cumprimis, quia ipsis semper in ore erat: *die Handwercker müssen so rein seyn, als wenn sie eine Taube gelesen hätte.* Quid mirum itaque, quod hi miseri homines etiam male audirent apud vulgum, eorumque adeo infelix evaderet conditio, ut cujuslibet contemtui exponerentur. add. Heineccium *dict. Differt.* Quæ cum ita sint, laudem omnino meretur Principum nostrorum cura de abstergenda illa macula, & eradicando præjudicio, quod animis hominum per secula infixum hæsit, de salute Reipublicæ agi, si levis notæ macula notatis aditus ad jura opificum concederetur.

*y)* Sed vellem edoceri, quo nomine veniret grave illud delictum, quo spurius se commacularet, quodque esset fundamentum infamiæ illis irrogandæ. Certe nec vile, nec abjectum, nec sordidum factum ex parte spuriorum adest. Eos autem ideo punire velle, quod parentes eorum deliquerint, cum regulis justitiæ aperte pugnat, cum delicta suos tenere debeant auctores.

*z)* Quae exempla hic enumerata hac complecti solent regula: Ubi nullum factum, nec turpe, nec vile adest, ibi nulla macula. Et sic procul dubio irrationabilis est consuetudo opificum, quando eum, qui ex stupro natam vel ab alio vitiatam uxorem duxit, non jure Collegii solum indignum, sed ipsum hoc factum pœna quoque expiandum esse existimant. Wernher. *P. VII. obs. XXII. & CLXX* Berger *Lib. I. Resp CLI. & Resp. CCLVII.*

*zz)* Sed & hoc in quæstionem venit, anne temporis lapsu expiret infamia, si forsan ob delictum commissum pœna temporalis sit dictitata? Distingue: Aut causa sua natura famosa fuit, & effectus infamiæ est perpetuus, nam & effectus legis, ex qua infamia irrogatur, perpetuus est, *L. VI. C. de his, qui notant. infam.* Aut causa fuit arbitraria, tunc tempore elapso effectus pœnæ cessat *L. III. C. Eod.* De ipso argumento, quomodo infamia evitetur aut aboleatur, vide late Berger, *Oeconom. Jur. pag. m.* 70. *seqq.*

## TITULUS XIV. DE CAPITIS DEMINUTIONE.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Capitis deminutio Triplex* L 4. ff t. 5. de capit. minut. II. *Ea definitur.* III. *Maxima capitis deminutio.* IV. *Media.* V. *Minima.*

I. Ex jure personarum hactenus explicato apparet, quod illud in tribus consistat: in libertate, civitate & familia. Hinc etiam triplex est capitis, *sc. civilis* sive status, deminutio: maxima nimirum media & minima *l. ult. ff. de cap. min. tot. tit. I. eod.*

II. CAPITIS deminutio in genere est status mutatio in deterius[a], *l.* 1. junct. *l.* 3. *in f. & ult. ff. de cap. min.* vel est amissio jurium, a certa conditione civili dependentium.

III. MAXIMA capitis deminutio est, per quam quis, amissa libertate, fit servus.

IV. MEDIA est, qua, retenta quidem libertate, quis amittit jura civitatis. Hæc olim apud Romanos obtingebat per interdictionem aquæ & ignis[b]. *l.* 5. *pr. ff. de cap. min.* postea per deportationem[c] §. 3. *I. eod.* Hodie per bannum imperii, irrogatum ab Imperatore Romano, vel Camera Imperiali, propter flagitium patratum, vel contumaciam commissam. Item mediam capitis deminutionem incurrunt nostris moribus, quoad particulares ditiones, qui propter delictum sunt virgis cæsi, & certa quadam ditione cum infamia relegati, vel in opus publicum, aut in locis maritimis, ad remos condemnati.

V. MINIMA denique capitis deminutio est, per quam quis, salvo libertatis & civitatis jure, familiam amittit: quæ hodie non habet usum, cum familiæ mutatio non inducat amissionem jurium, uti olim apud Romanos. Sic etiam ipso jure Novellarum, emancipatio, qua quis a patris familia excludebatur, non amplius arcet a successione, uti suo loco dicetur.

a) OMNIS doctrina de capitis diminutione originem habet a censibus Romanis. Habebant enim Romani tabulas censuales, in quas omnes, qui in civium essent numero, referrent; Qui itaque in has tabulas referri poterat, capite census, qui inscribi non poterat, capite destitutus, qui in censum relatus iterum eximebatur, capite minutus dicebatur. Conf. HEINECCII *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. XVI.* §. *I.* Idque ultimum fiebat, si quis statum vel libertatis, vel civitatis, vel familiæ amisisset. Quod fundamentum est triplicis capitis diminutionis maximæ, mediæ & minimæ. His vero prælibatis vereor, ne incongrue hoc argumentum in foris nostris applicetur. Deest liber censualis, desunt servi Romani, desunt privilegia civium Romanorum, deest effectus adoptionis & emancipationis, qui Romæ fuit, & adest tamen in foris Germaniæ capitis diminutio!

b) QUAE ita fiebat, ut civi Romano, cui invito jura civitatis Romanæ eripi non poterant, quem tamen Romani ejectum vellent, tecto, aqua & igne interdiceretur, quo ille his necessariis vitæ subsidiis ademtis, ultro exiret, & aliunde sese conferret. Hoc enim facto jus civitatis ipso jure amittebat. Conf. HEINECCIUM *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. XVI.* §. *X.*

c) CUJUS auctor Augustus ita eam peragi voluit, ut rei compedibus vincti impositique navibus, servis publicis, qui eos deportarent in insulam, traderentur. DIO CASSIUS *Lib. LVI. p.* 587. OISEL. *ad Caji Instit. Lib. I. Tit. 6.* §. *I.* Haud tamen cum deportatione hæc confundenda est relegatio, Ista enim jus civitatis plane tolle.

TIT. XV.

# Titulus XV. DE ACTIONIBUS PRAEJUDICIALIBUS IN SPECIE ITA DICTIS.

S u m m a r i a.

Athor. I. *Actionis definitio.* II. *Actiones aut in rem sunt, aut in personam, aut mixtæ.* III. *Actiones præjudiciales sunt peculiare genus.* IV. *Harum definitio.* V. *Ejusmodi actio datur 1. ratione libertatis.* L. 40. ff. t. 12. de liberali causa. *Et hodie utilis ratione operarum.* L. 40. ff. t. 14. si ingen. esse dic. VI. 2. *ratione civitatis.* L. 50. ff. t. 1. ad municip. & de inc. VII. 3. *ratione familiæ.* VIII. *Quid circa agnitionem filii obtineat.*

I. Ut quis jus sibi competens possit persequi, actionibus opus est. Est enim actio jus (*i. e. facultas jure competens, l. 1. ff. de eo, quod cert. loc.*) persequendi in judicio[d], quod sibi debetur (*h. e. sive ratione personæ, sive rei suæ competat.*) §. 5. *I. de exc. L.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 178. §. 2. *&* 3. *de V. S. pr. I. de action.*

II. Omnium autem actionum summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam[e] §. 1. *I. de action. L.* 25. *ff. de O. & A.* In quibusdam autem actionibus hæc duo summa genera actionum purarum, seu simplicium, miscentur: quædam enim actiones mixtam causam obtinere videntur[f], tam in rem, quam in personam §. 20. *I. de action.*

III. De speciebus actionum in rem, & in personam, & mixtarum, suis locis dicetur. Hic solum notandum est, quod præjudiciales actiones quodammodo ac-

bat, hæc jus solum habitandi vel ad tempus vel in perpetuum adimebat, salvis cæteroquin juribus civitatis *L. XI. D. de public. judic.* Ovidius *Lib. V. Trist. Eleg. II.*

*d*) Hac vero ratione omnis privata dictio juris excluditur, quippe quam leges adeo abhorrent, ut eandem ipsam ipsius juris amissione puniant *L. XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.* Non tamen ideo prohibita defensio vitæ, bonorum, & jurium privata contra eos, qui injusta vi nos aggrediuntur. Ejusmodi enim vim privatam non leges solum Romanæ generatim probant, & in variis casibus permittunt, *L. III. D. de Justit. & Jur. L. I. C. unde vi,* sed & Germanis pro tuenda possessione solenne esse remedium pignorationis, experientia docet, vid. late Struvium *Tr. de vindicta privata.*

*e*) Ex quibus illæ sese fundant in jure in re, hæ in obligatione ex facto licito vel illicito provenienti. Illis rem persequimur, quæ jam nostra est, a quovis possessore. His rem promissam solum persequimur a promittente. Nomine vero generali Romani actiones in rem *vindicationes*, actiones in personam *conditiones* vocari consueverant §. *XV. J. de action.* Cujus denominationis ratio inde petenda, quod, ubi de reali actione sermo esset, pugna quædam fictitia & imaginaria inter litigantes intercederet, quod manum conserere, vel vindicias facere vocabatur. In personalibus vero actionibus litigantes invicem dicebant, alter ajebat, alter negabat, & postea sponsione quadam se provocabant. Confer Sigonium *de Judiciis.*

*f*) Et huc pertinent tria illa judicia communia & divisoria, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum. Fluunt hæ actiones ex jure in re, ex dominio nimirum vel jure hæreditario. Quia tamen is, qui communem hereditatem, vel communia bona administrat, sese vi quasi contractus simul obligat ad rationes reddendas, damnaque resarcienda, istæ actiones etiam aliquid trahunt ex actionibus personalibus, & inde mixtæ vocentur. Sunt tamen etiam actiones quædam sua natura personales, & nihilosecius contra quemvis possessorem institui possunt, quas sigillatim in rem scriptas vocamus. Illæque sic alio sensu mixtæ dici possunt. Utut enim persona nobis solum obligata sit ad rem præstandam, ob vitium tamen violentiæ vel metus, quod rei cohæret, quilibet rei possessor obligatus est, quia rem cum vitio tenet. Exemplum ejusmodi actionis invenies in actione, quod metus causa.

censeantur actionibus in rem, quia iis servum, filiumfam. civem qs. vindicamus[g], §. 14. *I. de action.* add. *l.* 1. §. 2. *ff. de R. V.* Distinctius vero rem considerando, non sunt veræ species actionis in rem, sed peculiare genus actionum, ex jure scil. personarum, seu statu hominum, orientium, constituunt.

IV. SUNT igitur actiones præjudiciales[h] in specie ita dictæ, quibus agitur de statu seu conditione hominum civili, & quibus quis contra alterum conditionem civilem, seu statum asserit. *l.* 2. *&* 9. *C. de liberal. caus. l.* 3. *pr. l.* 32. *ff. eod.* §. 14. *I. de action.*

V. EST itaque 1.) ratione libertatis, actio inter dominum & servum, qua nim. vel dominus contra servum agit, quod præstanda non præstet, vel etiam istum ab alio vindicat; vel liber homo agit contra aliquem, qui ipsum in servitutem vult asserere. *d.* §. 14. *I. d. t. l.* 7. §. *fin. l.* 10. *ff. de liberal. caus.* Similis fuit actio inter patronum & libertum *tot. tit. ff. si ingenuus esse dic. l.* 14. *& l.* 18. *ff. de probat.* Sic & hodie utilis actio est inter dominum & colonos adscriptitios, ut & alios rusticos, ratione operarum & servitiorum rusticorum[i]. Vid. HERM. STAMM. *tr. de servit. person. L.* 3. *c.* 20.

VI. 2.) RATIONE civitatis est actio inter Magistratum & subditos de juribus, Magistratum & subditos concernentibus *l.* 37. *ff. pr. ad municip.*

VII. 3.) RATIONE familiæ, & quidem vel saltim respectu relationis inter parentes & liberos, ut nim. filius debito modo se erga parentes gerat, & vicissim parentes liberos agnoscant, & alant. *l.* 5. *pr. & tot. tit. ff. de agnosc. vel. al. lib.* vel ratione familiæ in genere: sic datur utilis actio, ut quis agnoscatur pro agnato. Referri quoque huc potest actio inter maritum & uxorem; de qua dictum *tit.* 7. *aph. ult.*

VIII. CIRCA agnitionem filii sæpe controversia occurrit[k]: & quidem si quis

*g)* GENERATIM enim actiones præjudiciales eo tendunt, ut jus nostrum ex diverso statu personarum oriundum contra negantem salvum & integrum declaretur, idque ipsum quasi ablatum iterum restituatur.

*h)* QUAE denominatio inde præsertim desumta, quia plerumque quæstiones de statu, indeque dependentibus juribus aliud judicium præcedere solent, in quo de jure ex statu personarum competente sermo est. Non enim prius de hoc ipso judex arbitrari potest, quam quæstio de statu sit discussa. Atque ea ratione hæc quæstio præjudicium facit causæ principali. Sic e. g. quando filius ad hereditatem patris admitti vult, possessor vero hereditatis de natalibus excipit, ut de his, an legitimi sint nec ne, præprimis cognitio fiat, omnino est necesse.

*i)* NEC dubitant Doctores, quin & his in casibus regulam a Pomponio in *L. XX. D. de regul. Jur.* suppeditatam, quod nempe in dubio interpretatio pro libertate facienda sit, ad exemplum trahunt. Utut enim Germanis nunquam tantus libertatis favor fuerit, ut illa pro re inæstimabili haberetur, & commercium hominum effugeret; Utut porro Jure Civili servitia, quæ rustici de fundis suis prædiorum equestrium possessoribus præstant, incognita imo sub gravi pœna in *L. II. C. Ne rusticani ad ullum obsequ. devoc.* prohibita fuerint; naturali tamen libertati ista servitia adversari dicunt, ideoque odio habenda, & quantum fieri potest, restringenda esse addunt. Sed horum opinioni, ne indistincte subscribam, ea impediunt, quæ supra ad Lib. I. Tit. IV. aphor. V. de conditione nostrorum rusticorum retuli. Res eo redit, quod præstationes reales, quatenus rem rusticam respiciunt, præsumendæ sint, reliquæ præstationes personales, quæ citra pactum vel legis dispositionem non debentur, strictam interpretationem admittant.

*k)* SIGILLATIM vero in actione de partu agnoscendo duo probanda sunt, nativitas, & paternitas. De nativitate legitima & illegitima jam alibi diximus. Paternitas vero, quando de partu legitimo sermo est, parum difficultatis habere videtur, si modo nativitatem justo tempore contigisse quis docere possit. Sed quod par-

eum quadam, aliquo ſaltim tempore rem habuiſſe, inficiari non poſſit, in aſſignando patre, iſti mulieri juratæ fides habetur, cum alias filiationis probatio, quoad patrem, directo fieri nequeat, *l.*83. *ff. de condit. & demonſtr.* DD. ad *l.*6. *de his, qui ſui vel al. jur.* GAIL. 2. *O.*97. *num.*11. MASCARD. *de probat. vol.*2. *concl.*788. *n.*25. *& ſeqq.* Fœminæ vero intentio in præſumtione eſt fundata, quæ onus probandi in adverſarium rejicit. Quod usque adeo procedit, ut his, qui confitetur, ſe eam cognoviſſe, dicit autem de alio tempore, & probare vult, alios plures cum eadem rem habuiſſe, interim, & pendente lite, ad alimenta teneatur [l]: uti deciſum refert CHRISTINAEUS *ad conſtit. Mechlin. tit.*18. *art.*4. *n.*7. donec legitime id, quod dicit, probaverit. Attamen mulieri, ad quam, licet forte non publice aut palam, ſed in occulto, facilis fuit acceſſus, non ſtatim fides habenda, cum præſumtio ſit contra eam: CHRISTIN. *d. l. n.*6. vid. SAND. *l.*1. *tit.*10. *def.*2. Cæterum, & nati ex talibus mulieribus ſunt vulgo quæſiti, qui patrem certum non habent [m]. *l.*23. *ff. de ſtat. hom.* Quomodo porro filiatio probetur, vid. MASCARD. *de probat. vol.*2. *concl.*786. *& ſeqq.* FULVIUS PACIAN. *de prob. Lib.*2. *c.*6. GAIL. *d. O.*97.

## TITULUS XVI. DE TUTELIS IN GENERE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Perſonæ ſui juris ſunt vel in tutela vel cura.* II. *Tutelæ deſcriptio.* l.16. ff. t.1. de tutelis. III. *Tutores ſunt vel teſtamentarii, vel legitimi, vel dativi.* IV. *Hodie quilibet confirmandi ſunt.* V. *Magiſtratuum cura circa tutores.*

I. DENIQUE ex his perſonis, quæ in poteſtate non ſunt, quædam vel in tutela ſunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus

tum illegitimum attinet, matris quidem aſſertioni ſtatur, non tamen, credo, alia ratione præſumtionem hic oriri poſſe, quam ſi ipſa inculpatio aliis adminiculis adjuvetur. Sola enim inculpatio ſocii criminis nunquam fidem habet CONSTIT. CRIMIN. *art. XXXI.* Clara etiam adeſt de hoc argumento *L. XVII. C. de accuſation.* Idque ratione non caret. Miſera enim alias eſſet virorum integerrimorum conditio, ſi mulierculis leviſſimis, & ob ſtuprum commiſſum ſubleſtæ fidei id concederetur, ut ſola nominatione ſua criminis reos facere, aliosque in exiſtimationis diſcrimen conjicere poſſent. Quare, niſi ejusmodi nominationi alia ratione fides concilietur, ne ad juramentum quidem matrem admitti teſtemque in propria cauſa conſtitui poſſe exiſtimo. Eadem ratione nullum ex aſſertione mulieris parturientis de filii ſui illegitimi patre ſufficiens ad inquirendum, vel purgatorium juramentum dictandum oritur indicium. add. CARPZOV. *Qu. Crim. CVIII. n.*58. GAIL. *Lib. II. obſ. XCVII.* LEYSER. *Spec. XIV. med. IV. & ſpec. CXLII. med. VII.*

l) MODO tamen tempus, quo ſe concubuiſſe fatetur, ejusmodi ſit, ut proles ex illo concubitu naſci potuerit. Alias enim ſtuprator ad alimenta præſtanda nequaquam tenetur. WERNHER. *P. I. obſ. XXIII.* Quamvis vero ex ſtupro, quod quis fatetur, paternitas præſumatur, adeo, ut ne quidem exceptio non ſecutæ conſummationis ab onere alendi liberet, hoc tamen intelligendum eſt de caſu, ubi non conſtat, circa idem tempus alium cum eadem fœmina rem habuiſſe. Alias enim, ſi fœmina, ſe duos ſtupratores admiſiſſe, fatetur, alterum vero ex iis patrem partus ſui eſſe contendit, probationem in ſe ſuſcipiat, omnino eſt neceſſe, IDEM *P. IV. obſ. CXXXIII.*

m) ET ideo neuter ex pluribus ſtupratoribus ad partum agnoſcendum & alendum eſt obligatus. Diſſentit quidem BRUNNEMANN. ad *L. V. de agnoſc. & alend. liber. n.*20. & omnes, quotquot cum fœmina rem habuerunt, ad alendum obligat. Sed ſingularem hanc opinionem merito rejicimus, & cum CARPZOVIO in *Jurispr. Eccleſ. Lib. III. Def. LXXXI,* matri onus

ergo de his, quæ in tutela vel cura sunt ⁿ; ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur *pr. I. de tutel.*

II. Est autem tutela vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa ° §. 1. *I. d. t. l. 1. pr. ff. eod.* Et tutores sunt, qui eam vim atque potestatem habent. §. 1. *eod.*

alendi imponimus; siquidem onus alendi non ex delicto, sed ex officio parentum fluit, & sic nemini, nisi qui pater est, injungi potest.

*n*) Quo huic argumento de tutela & cura fiat satis, præmonendum duxi, varios a Romanis ætati primæ usque ad ætatem virilem præstitutos esse terminos, diversaque in singulis obtinuisse jora. In infantia constituti, atque annum septimum nondum egressi, ob defectum usus rationis nihil plane agebant, sed ipsis dabatur tutor, qui omnia suo administraret nomine, viceque infantis in omnibus negotiis sustineret. Qui in pueritia vivebant, cui terminus ab octavo anno usque ad annum decimum quintum assignatus erat, nisi quod fœminæ post annum duodecimum pubescerent, omnia jam recte agebant, integram tamen personam cum sustinere ob infirmitatem intellectus non possent, in omnibus negotiis, in quibus conditionem suam deteriorem reddere poterant, intercedere debebat tutor, auctoritatem suam interponendo, *pr. J. de auctorit. tut.* Postea, qui annos impubertatis esset egressus minorque diceretur, nullo amplius directore negotiorum indigebat, sed valida omnia gerebat, nisi quod ad judicialium actuum stabilitatem firmandam urgente adversario curatorem acciperet invitus *§. II. J. de Curator.* Nec unquam ipsi necessitas habendi curatorem in reliquis negotiis extrajudicialibus fuit imposita, sed prospectum solum, ut curatores, si tales ad evitandas læsiones, quas ob judicii immaturitatem facile incurrere poterant, rogarent constituendos, citra famæ periculum acciperent Oisel. *ad Caji Instit. Lib. I. Tit. VIII.* Atque ista minorum conditio durabat quidem, usque dum annum vigesimum quintum supervixissent. Tum enim majorennes fiebant, &, quicquid agebant, firmum semper stabileque manebat; Verum, ut ista dispositio de negotiis solum privatis, quæ durante minorennitatis termino expediebant, accipienda est, ita e contrario, si negotia publica spectes, annum decimum octavum completum pro termino ad quem venditabant Romani, ut officia virilia & possent & deberent in se suscipere minores. Hoc anno completo ætatem aptam esse existimabant ad civium munia obeunda, & virilibus officiis convenientem, eamque primam ætatem vocabant *L. LXVIII. pr. D. ad L. Falcid.* Hoc anno togam virilem sumebant Gellius *Noct. Attic. Lib. X. cap. XXVIII.* Hoc anno pro se & pro aliis postulabant. *L. I. §. III. D. de postul.* Conf. *Comment. ad Constit. omiss. Manip. I. obs. XI.* Atque hunc terminum, quod obiter moneo, alias quoque gentes observasse, inde cognoscimus, quia Germani nostri eundem ad capessendam summam rerum, & servitia feudalia subeunda, præstandamque fidem Vasallitiam aptum judicarunt. Berger. *Oec. Jur. Lib. I. Tit. II. §. V.* Ista interim terminorum infantiæ varietas fundamentum distinctionis inter tutelam & curam construit Jure Romano, nec una ratione utriusque diversos producit effectus, de quibus postea videbimus. Verum enim vero vereor, ne Germani hoc in argumento plus auctoritatis tribuant Juri Romano, quam par est, & mores nostri ferunt. Certe Germanis nostris una semper fuit infantia, una pubertas, impuberesque & minores quoad conceptum quidem, non vero quoad rem ipsam discrepare, evidenter docuit Beyer. *Dissert. de hodierna tutor. & curator. differens.* Imo Tutores & Curatores, quos in effectu jam ipsum Jus Romanum sibi invicem exæquavit, hodie parum vel nihil ab invicem distare, unamque & eandem eorum esse obligationem, ex iis, quæ demonstranda supersunt, dilucide apparebit.

*o*) Hanc definitionem Servii JCti, ad rationes Romanorum speciales accommodatam retinere maluerunt nostrates, quam aliam nostris moribus convenientem substituere. Nobis vero tanta antiquitati non videtur exhibenda veneratio, quin existimemus, definitionem tutelæ ita formandam esse, ut rem ipsam plus illa planam & perspicuam sistat. Certe Servius causam habere credidit sufficientem, cur tutelam vim diceret & potestatem in capite libero, cum sua ætate non pupilli solum, sed & fœminæ sub tutela viverent. Vim igitur nominat tutelam habito respectu ad pupillum, cujus educatio, quæ absque castigatione vix curari poterat, tutori esset

III. Constituuntur tutores vel testamento, aliaque ultima voluntate; vel per legem, ob cognationem; vel per Magistratum.

IV. Hodie cujuslibet generis tutores, sive testamentarii sive legitimi sint, necesse est a Magistratu confirmentur[p]. Pol. Ordn. *de anno* 1577. *tit.* 32.

V. Sollicitus igitur esse debet Magistratus, ut 1.) sine mora ejusmodi constitutio fiat 2.) ut personæ idoneæ confirmentur.

## Titulus XVII. De Testamentaria Tutela.

### Summaria.

Aphor. I. *Testamentaria tutela vel est absoluta, vel confirmata.* L. 26. ff. t. 2. de testam. tut. II. *Ejus definitio.* III. *Testamentariæ, primario ita dictæ, descriptio. Tutor testamento datur a parref. filiis suis impuberibus.* IV. V. & VI. *Si quid deficiat, confirmatione opus est.* L. 26. ff. t. 3. de confirm. tut. vel cur. VII. *Hodie inter hanc & absolutam tutelam haud magna est differentia.*

I. Testamentaria tutela jure Rom. dividitur in simplicem, & absolutam, seu per se subsistentem: & in confirmatam [q], ob defectum aliquem *l.* 1. §. 1. *& tot. tit. ff. de confirm. tut.*

commissa, potestatem vero eam vocat fœminarum intuitu, quarum negotiis tutor solum interveniebat auctoritatem suam interponendo. Apud nos vero, cum tutela solum in pupillos locum habeat, potius dixeris, eam esse munus publicum in onere pupillum educandi & bona ejus administrandi consistens. Et sic hoc de tutela argumentum ad duo ista axiomata generalia facile revocaveris, I) Tutelam esse munus publicum, II) Tutorem primario dari personæ pupilli. Prius disertis verbis approbat *pr. J. de excusat. tutor.* posterius *§. IV. J. qui testament. tutor. dari poss.* Nec est, cur de usu hujus observationis generalis in foris nostris dubitemus, cum partim rationis & Reipublicæ utile sit, ne pupillus absque directore actionum vivat, partim experientia confirmet, id præprimis tutori commissum esse, ut pupilli personam ita formandam curet, quo dignum Reipublicæ membrum aliquando evadat. His vero præmissis evidens fieri existimo I) Tutorem cogi posse invitum ad tutelam suscipiendam. II) Non aliis excusationibus eundem uti posse, quam quæ alias a munere publico excusant, III) habilem eundem esse debere, ut munus publicum in se possit recipere, IV) Gratuitum ejus esse officium, V) Talem eligendum esse tutorem, qui ipse bonis moribus est præditus, quique exemplo esse potest pupillo, VI) Cessare officium tutoris finitis annis impubertatis. VII) Certæ rei vel causæ tutorem non dari. Quia vero tutor per consequentiam etiam bona pupilli administrat, præterea, quod habilis esse debeat ad dirigendas pupilli actiones, habilitas etiam VIII) requiritur, ad administranda negotia. Cæterum, quo tutor duplici suo officio ex asse satisfaciat, id agat, ut in educando pupillo patris obligationes, in ejus bonis administrandis boni & providi Patrisfamilias partes accurate impleat.

p) Non itaque cessat hodie triplex illud tutelæ fundamentum, voluntas nempe patris, lex, & Magistratus decretum. Hæc enim cum jure Romano ad nostra fora transiit. Sed, quia, ut dixi, Reipublicæ interest, ne pupillus maneat indefensus, utque persona ejus & patrimonium contra insidias & machinationes tutorum defendatur, optimo consilio dispositum est, ne prius tutor ad administrandum procedat, quam causa sufficienter cognita, perspectaque ejus idoneitate. Ut sic hodie merito distinguendum sit inter tutoris constitutionem, & tutelæ delatæ administrationem. Triplici enim modo quidem constituitur, administratio vero & tutelæ exercitium ipsi demum traditur per confirmationem. Inde vero sponte fluit. I) Tutorem personam suam non legitimare testamento vel schemate genealogico, sed testimonio magistratus super confirmatione exhibito. II) Tutorem ante confirmationem tutelæ nomine non teneri, III) hypothecam legalem pupillo in bonis tutoris concessam demum a die confirmationis incipere, Berger *Oec. Jur. Lib. I, Tit. IV. §. II.*

II. TUTELA testamentaria (*scil. simplex & primario ita dicta*) est, qua pater liberis suis impuberibus [r], proxime in potestate constitutis [s], testamento tutorem dat. §.4. *I. de tutel.*

III. PERMISSUM igitur est patrifam. vi patriæ potestatis, tutores dare. *d.* §.4. *l.1.pr. l 20. §.1. ff. de testam. tut.* Et datur ita tutor isti impuberi, qui proxime est in potestate dantis *d.* §.4. Cæterum, si quis in testamento in genere liberis dederit, etiam nepotibus dati censentur. Secus est, si filiis dederit, tunc nepotes non comprehenduntur [t], *§. ult. I. qui test. tut. dar.* Constituitur hic tutor, & quidem habilis persona §.1. *& 2. d. t.* vel testamento, vel codicillis, testamento confirmatis *l.3. pr. ff. de testam. tutel.*

IV. PATET ex dictis, quod defectus, ob quem confirmatione opus, uti *aph.1.* dictum, tripliciter possit contingere; 1.) si pater quidem dederit tutorem, sed filio, legitimo quidem, non vero amplius in potestate constituto *l.1. §.1. ff. de confirm. tut.* vel etiam naturali filio *l. 7. pr. de confirm. tutor. l. ult. C. eod.*

V. PORRO 2.) si mater liberis, aut etiam extraneus, testamento impuberibus relinquat tutores. *l.1. §.1. l.2. ff. de confirm. tut. l.4. ff. de testam. tut.*

VI. DENIQUE 3.) si pater quidem filiofam. sed non justo testamento [u], dederit tutores. *l.3. de confirm. tut. l.2. C. eod.*

q) ET hæc tutela, ne quid dissimulemus, non incipit a testamenti factione, sed demum a confirmatione magistratus, & re ipsa est tutela dativa. Cum enim unicum tutelæ testamentariæ fundamentum sit Patria Potestas, certe nulla tutoris datio, quæ alio fundamento innitebatur, per se subsistebat. Quatenus tamen tutor a Patre adhuc esset datus, utut cessaret Patria Potestas, ita confirmandum esse tutorem crediderunt Romani, ut in ejus mores & idoneitatem haud inquireretur §. *V. J. de tutel.* persuasi forsan, patrem id jam egisse, ut non nisi idoneum liberis suis tutorem eligeret. Quod tamen hodie cessare, ex supra dictis patet.

r) HAUD itaque permissum erat patri, tutorem in testamento ultra tempus impubertatis constituere, partim quia tutela ipso jure finiebatur adepta pubertate, partim, quia minori tutor non dabatur. Imo, etiamsi adjecisset pater, se tutorem testamento datum curatorem quoque dare, nihil tamen agebat, cum neque curator invitus ad suscipiendam curam, neque minor invitus ad accipiendum curatorem cogi posset. § *XVIII. J. de Excus. tutor.* Verum hæc denuo hodie aliter sese habent, cum & tutor & curator invitus officium subire & pupillus æque ac minor invitus directorem actionum & negotiorum admittere debeant. Ipsaque docet experientia, eum, qui tutelam pupilli gessit, curam quoque minoris continuare.

s) ET sic dubio procul etiam exhæredatis. Patriam enim potestatem exhæredatione haud tolli, per se constat.

t) HOC singulare esse, inde apparet, quod alias filiorum appellatione & nepotes continentur. Sed hanc regulam de favorabilibus solum explicant. Ubi vero nepotum, vel tertii etiam, ut hic tutoris, præjudicium concurrit, filios solum de liberis primi gradus accipiunt. Et hanc opinionem hodie sequimur, ex hac etiam ratione, quod nepotibus inde nullum inferatur damnum, etiamsi in doctrina de tutela sub denominatione filiorum non comprehendantur, cum judex ipsis nihilosecius de tutore prospicere possit ac debeat. Plane si filios nominavit testator, nec tamen filios, sed nepotes solum habeat, de his eum cogitasse existimandum est.

u) NEC interest, quacunque etiam ratione testamentum irritum dicatur. Nam tutor quoque confirmandus est, in testamento imperfecto datus *L. II. C. de confirmand. tutor.* Idem juris est, quando testamentum destituitur SCHILTER *Ex. XXXVII. th. XXVII. sqq.* cum & in ruptis testamentis judex admoneatur, ut voluntatem paternam observet *L. XXXI. D. de testamentar. tutel.* ac generatim hic unice ad patris voluntatem respiciendum sit. Et sic etiam sustinetur tutoris datio, etiamsi testamentum per querelam inofficiosi testamenti rescindatur. *L. XXVI. in fin. D. Eod.* NOV. *CXV. cap. III. in fin.*

VII. HODIE non magna, inter teſtamentariam abſolutam, & hanc confirmatam, intercedit differentia, cum, uti dictum eſt *tit. praeced.* etiam teſtamentarius tutor, perfecte & ſine defectu datus, confirmandus ſit per decretum a Magiſtratu, & hic in perſonæ habilitatem inquirere debeat.

## TITULUS XVIII. DE LEGITIMA TUTELA.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Vi patriæ poteſtatis, pater, avusve paternus ſuperſtes, adminiſtrant bona materna liberorum.* L. 26. ff. t. 4. de legit. tutor. II. *Præſtita aliquando cautione.* III. *Hac non ſufficiente, vel mortuo patre, legitimæ tutelæ eſt locus.* IV. *Hujus deſcriptio.* V. *Ad quam admittitur* 1. *mater vel avia.* VI. 2. *Proximi cognati.*

I. PATER vel avus paternus, vi patriæ poteſtatis, matre, filio impubere relicto, mortua, & tutore teſtamento non conſtituto, poteſt filii bona materna adminiſtrare [x], qui a ſolennis inventarii confectione immunis quidem eſt, incumbit tamen ipſi, deſcriptionem aliquam, adhibitis forte proximis conſanguineis liberorum, conficere, ac ut omnem evitet ſuſpicionem, iſtam apud Magiſtratum deponere [y]; neque hanc adminiſtrationem amittit, etiamſi ad ſecundas tranſeat nuptias, modo, uti ſupra monitum, certam conventionem cum liberis prioris matrimonii iniverit, ad quem actum curatores, præſertim ex proximis conſanguineis, conſtituuntur.

II. CAETERUM, patre bona liberorum non recte adminiſtrante, nec debita alimenta ipſis ſuppeditante, conſanguinei, vel etiam Magiſtratus, curare debent, ut cautionem præſtet pater de bonis non diſſipandis, & alimentis ſuppeditandis.

x) EST itaque hæc adminiſtratio legalis, nec patri abſque juſta cauſa adimi poteſt, niſi quod matri, aviæ, aliisque parentibus ſalva facultas fuerit relicta, patrem ab hac adminiſtratione excludendi, liberisque ſpecialem curatorem conſtituendi NOVELL. *CXVII. cap. I.* AUTHENTIC. *Excipitur C. de bon. quæ liber.* Ut autem, niſi expreſſe ea de re ſeſe declararint mater & avia, ipſa adminiſtratio haud videatur ademta; ita e contrario expreſſe ademta de bonis ſolum, quæ ultra legitimam liberis relinquuntur, accipienda eſt, ipſa vero legitima, ne patris quidem intuitu onere quodam gravari poteſt BERGER, *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XV.* BRUNNEMANN. *ad d. Authent.*

y) GENERATIM hanc adminiſtrationem patri, vi Patriæ Poteſtatis, a legibus conceſſam noſtro idiomate quidem *eine natürliche Vormundſchafft* nominare ſolemus. Verum rem ipſam ſi ſpectes, ex *L. VIII. C. de bon. quæ liber.* facile cognoveris, nihil fere eſſe, ſi ab adminiſtratione diſceſſeris, in quo conveniant ambæ. Partim enim reverentia, quam liberi debent patri, partim præſumtio pietatis paternæ, ab obligationibus, quæ tutoribus alias incumbunt, patrem præſtant immunem. Non enim indiget confirmatione judiciali, non ſatisdat, non jurat, inventarium non conficit, fructus lucratur, rationes non reddit, perfide adminiſtrans non fit infamis. Adminiſtrat igitur ſolum, & ita quidem adminiſtrat, ut ſubſtantiam bonorum, quæ ad liberos ſpectant, ſalvam conſervet, atque officia pii patris, & boni patrisfamilias impleat. Sic etiam recte alienat, quando id neceſſitas vel utilitas urget. Ipſum vero hujus adminiſtrationis fundamentum ita comparatum eſt, ut facile appareat, ſolis liberis in poteſtate patris viventibus interdici, ne patris adminiſtrationem perſcrutentur, eique aliquam ſuper illa controverſiam moveant. Quare pater, ſi ipſi cum extraneis, cum liberis emancipatis, cum heredibus liberorum res ſit, pro mero negotiorum geſtore habetur, nec beneficio d. L. VIII. utitur. LEYSER *Spec. CLXIV. med. III.* WERNHER. *P. VII. obſ. III.* Pari ratione & ille pater ſe beneficio reddit indignum, qui officia patris negligit, & prædonem in bonis liberorum agit. WERNHER *P. I, obſ. XCII.*

III. Si vero magnum periculum dissipationis subsit, & cautio non videatur sufficere, vel pater, avusve etiam fuerit mortuus, legitimis tutoribus, de quibus jam dicetur, administratio competit.

IV. TUTELA legitima[z] est, quæ proximis pupilli successoribus defertur[a]. *l. 1. pr. ff. de legit. tutor.*

V. JURE Novell. præfertur cognatis mater, si velit tutelam suscipere, vel ista nolente, aut non extante, avia, sive paterna, sive materna, modo in judicio secundis nuptiis renuncient, & SCto Vellejano[b]. *Nov. 94. c. 2. Nov. 118. c. 5. auth. matri & aviæ. C. qu. mul. tutel. off. fung.* Avo vero paterno, vel materno, non præfertur

z) EST hæc tutela Jure Romano mere subsidiaria, nec locum habet, quamdiu adhuc speratur tutela testamentaria. Hoc enim in casu magistratus interim pupillo prospicit de alio tutore, donec tutor testamento datus gerendæ tutelæ fiat idoneus. In totum itaque cessante tutela testamentaria, v. c. si tutor in testamento plane non sit datus, vel datus quidem, sed vivo testatore decesserit, aut post testatorem & ante pubertatem pupilli *§. II. J. de Legit. tutel. L. VI. D. de legitim. tutor.* lex proximos ab intestato successores vocat.

a) OMNE itaque tutelæ legitimæ fundamentum est proxima spes succedendi, ut sic merito formari possit regula: Quicunque ad successionem ab intestato proprior, ille ad tutelam legitimam suscipiendam proximus est. Quapropter nec dubitarunt Romani, quin & patronis, in liberti liberis, patri in liberis emancipatis, tutelæ onus suscipiendum imponerent. Nostris moribus legitima tutela prius cognita fuit, quam testamentaria, quippe quæ demum cum Jure Romano ad nos transiit. Hocque jus, cum in hoc argumento publice sit approbatum, merito sequimur in tutelis privatorum. Tutelas vero personarum illustrium quod attinet, non dubito, quin adhuc hodie tutela legitima testamentariæ sit præferenda, præsertim, cum in Aurea Bulla sit fundata, nec tanta Juri Romano unquam tribui possit auctoritas, ut principes nostros, ex quorum voluntate vel expressa vel tacita vim accepit, obliget. Multumque præterea interest, cuinam opinioni subscribas. Peculiaris enim tutelæ legitimæ apud Germanos ea est indoles, quod tutor fructus ex bonis pupilli suos faciat, præterque alimenta, quæ pupilli conditio exigit, quid amplius non præstet. Huic vero juri quæsito agnatos per receptionem Juris Romani tacite voluisse renunciare, quis facile crediderit. Ipsam interim hujus tutelæ indolem collige ex TITII *Spec. Jur. Publ. Lib. IV. cap. VI.* LUDWIGII *Diss. de tutela fructuaria.* COCCEJI *Diss. de tutela illustrium.* Controversiam vero de hoc argumento, utrum legitima testamentariæ tutelæ sit præferenda, inter Comites Palatinos ad Rhenum, Neoburgicum & Bipontinum, olim agitatam, dijudica ex peculiaribus ZESCHLINI & ZACHARIAE FRIEDENREICHII argumentis pro legitima tutela, & MARQUARDI FREHERI ut & DIONYSII GOTHOFREDI rationibus pro testamentaria tutela undique collectis & in peculiaribus scriptis propositis.

b) HOC quidem, quia leges prohibent, ne mulier pro alio intercedat, & sic actus, auctore matrice gesti, validi efficiantur renunciatione SCti peracta. Secundis vero nuptiis ideo renunciant, ne vitricus liberis superinducatur, qui bonis privignorum insidias struat. Verumtamen hæc renunciatio non eum habet finem, tanquam mater plane excluderetur a secundis nuptiis, sed ea potius intentione peragitur, ne mater prius, quam petito alio tutore & rationibus redditis, ad secunda vota transeat. Quæ etiam causa est quod renunciatio hodie jurato vix peragatur. Imo a ratione non abhorret, posse matrem, si rationum redditio paulo intricatior sit, ad consummationem secundarum nuptiarum, præstita sufficienti cautione, admitti. MEVIUS *ad Jus Lubec. P. II. Tit. II. art. XXIX. n. 20. in Additam.* LEYSER. *Spec. CCC. med. XVII.* quamvis id regulariter fieri nequeat, cum judex rationibus non redditis secundas nuptias prohibere debeat. Præcise enim hic in argumento sequimur Jus Romanum in *c. LXVII. X. de Appellat.* confirmatum, illamque inter patrem & matrem binubam in Legibus Romanis constitutam differentiam, vi cujus non ille quidem, bene tamen hæc, per secundas nuptias administratione bonorum liberorum privatur, approbamus, add. *L. XXII. C. de administr. tutor.*

mater,

mater[c], vel etiam avia[c]. *arg. d. c.* 5. CARPZ. *p.* 2. *C.* 11. *d.* 13. Quod si concurrant paterna & materna avia, utraque simul admittitur. CARPZ. *p.* 2. *decis.* 122. *n.* 22. & 23. Si contra renunciationem tutrix ad secunda vota transierit: a tutela removenda est, *dict. text.* Sed quid si mater sit minorennis? an adhuc, ut legitima tutrix, præferenda erit aliis? Neg. CARPZ. *p.* 2. *decis.* 123. *n.* 8.[d] In feudalibus autem mater & avia non sunt tutrices[e]. vid. CARPZ. *p.* 2. *c.* 11. *def.* 11. *n.* 14.

VI. PORRO tutela legitima, secundum jus Novell. mortuo patre, impuberis, æque agnatis & cognatis, eo gradu & ordine, quo succeditur in hereditate, defertur. *Nov.* 118. *c.* 4. *auth. sicut. C. de legit. tut.* Si plures ejusdem gradus fuerint, omnes vocantur *l.* 9. *ff. de legit. tut.* Jure vero Saxonico, seniori inter agnatos defertur tutela[f]. *Land-R. Lib.* 1. *art.* 23. CARPZ. *d. p.* 2. *c.* 11. *d.* 11. *num.* 1. Quod si forte proximior mortuus fuerit, sequens gradu succedit[g] in tutela *l.* 3. §. *pen. ff. de legit. tutor.*

ADD. *Lib. I. T.* 15. *I. de legit. agn. tutel. & seqq.*

## TITULUS XIX. DE TUTELA DATIVA.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Subsidiaria est tutela dativa.* II. *Ejus descriptio.* L. 26. ff. t. 5. de tut. & eur dat. ab his, qui jus dand. hab. & qui & in quib. cauf. spec. dar. pos. III. *Datur a Magistratu tutor.* IV. *Illius jurisdictioni subjectus.* V. *Hodie a Magistratu pupilli datur.*

I. SI nec ex testamento, nec lege, tutor est, datur a Magistratu. *pr. I. de Atil. tut.*

II. EST igitur tutela dativa, quam Magistratus constituit. *l.* 6. §. 2. *ff. de tutel. tot. tit. de tutor. & cur. dat. &c.*

III. APUD Romanos quidem jus dandi tutores & curatores, non cuilibet Magistratui, sed ei soli competebat, cui lege, vel SCto, vel Principis constitutione, no-

c) CUJUS opinionis CARPZOVIUS hanc reddit rationem, quod hoc in casu tutela non sit opus, cum nepos in potestatem avi recidat. Verum hanc rationem indoli nostræ patriæ potestatis haud convenire, ex iis, quæ ad titulum de Patria Potestate dixi, facile patet. Magis itaque NOVELLAE *CXVIII. cap. V.* conformis est sententia BRUNNEMANNI *ad authent. Matri C. quand. mat. tutor. offic.* SCHILTERI *Exercit. XXXVII. th. LIX.* THOMASII *ad Struchium Diss. V.* §. *XVI.* quod mater avo sit præferenda.

d) NEC hoc ratione caret, siquidem ejusmodi tutrix per beneficium restitutionis in integrum ex capite ætatis impetratæ omnes actus tutorio nomine gestos irritos facere posset.

e) QUOD principiis Germanorum utique conveniens est, qui agnatis ex jure quodam quæsito tutelam olim deferebant. Postquam vero in tutelis privatorum jus Romanum sequi solemus, nec tutela legitima hoc in casu amplius fructuaria sit, matrem, ob singularem in liberos affectionem, quæ unicum tutelæ maternæ fundamentum est, in bonis feudalibus quoque ad tutelam admittimus, quanquam in foro Saxonico matri adjungi soleat peculiaris curator feudalis, BERGER *Oec. Jur. Lib. I. Tit. IV* §. *III.*

f) QUOD est argumento, Saxones in tutela legitima deferenda non præcise ad proximam succedendi spem, sed ad jus potius agnatorum, percipiendi fructus ex bonis pupilli, respexisse.

g) IDQUE hodie semper observatur, quando legitimus tutor deficit, vel ab initio vel ex postfacto. Jure autem Romano si inhabilis esset vel impeditus ejusmodi tutor, successioni haud erat locus, sed judex potius pupillo alium constituebat curatorem §. *V. J. de Curator. L. III.* §. *VIII. D. de legitim. tutor.* Quem enim lex

minatim hoc tributum [b] *d. l. 6. §. 2. de tutel.* hodie vero Magistratus, vi jurisdictionis, tutores curatoresve constituunt. ORD. POL. *de anno* 1577. *tit.* 32. & in omni tutore, uti jam supra monitum, ut possit tutelam administrare, decretum Magistratus requiritur. *d. tit.* 32. GAIL. *lib.* 11. *O.* 107.

IV. DARI a Magistratu possunt, qui ejus jurisdictioni sunt subjecti [i]. *l. 5. C. qui dar. tut. l. 1. in f. l. 3. l. 24. ff. de tut. vel curat. dat.* FRANZK. *Lib.* 1. *Resol.* 17. *n.* 61. *& seqq.*

V. SED quid si pupillus minorve, & tutor curatorve, qui petitur, diversos agnoscant judices? tunc si generaliter tutor curatorve constituitur, uti regulariter fit, ab eo judice hodie dandus erit, cujus jurisdictioni pupillus minorve subjectus est [k]. CARPZ. *p.* 2. *C.* 15. *d.* 26. Si vero forte ad certam causam curator detur, ab eo judice constituitur, ad quem causæ illius cognitio spectat. CARPZ. *d. l. d.* 27.

ADD. *L.* 1. *T.* 20. *I. de Attilian. tutor. & eo, qui ex L. Jul. & Tit. dabatur.*

## TITULUS XX. QUI PETANT TUTORES VEL CURATORES ET UBI PETANT.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Incumbit tutorem petere matri.* L. 26. ff. t. 6. qui pet. tut. vel. cur. & ubi pet. II. *Magistratus tenetur ex officio constituere tutorem.* III. *Curatores a minoribus petuntur.* IV. *Aliquando necessario opus habent curatoribus.* V. *Ubi petatur tutor vel curator.*

I. INCUMBIT quibusdam, ut petant dari, vel in remotorum aut mortuorum locum alios substitui tutores: ut matri, intra annum post mortem patris,

vocabat, jus ex ipsa lege habebat quæsitum, quod ipsi eripi non poterat, etiamsi plane inidoneus esset.

*b*) ERAT enim tutelæ datio non ordinariæ, sed extraordinariæ jurisdictionis, id est, non magistratus ordinarius, sed ad hunc actum in specie constitutus tutorem dabat. Ordinaria autem jurisdictio jure magistratus competebat, omnesque tribuebat actus, qui ab officio magistratus separari non poterant, ut sic opus non esset, nominatim eos tribuere. Extraordinaria e contrario jurisdictio ex speciali legis concessione dependebat, talesque actus complectebatur, qui ab officio magistratus abesse poterant. Quare mirum non est, quod leges Romanæ mox Prætori urbano, mox Præsidi provinciarum, mox Consulibus, mox iterum Prætoribus, mox Præfectis urbi, mox Defensoribus civitatum & Episcopis facultatem tutores vel cum vel sine inquisitione dandi concesserint, ceu late commemorat Justinianus in *tit. I. de Attilian. tutor. & eo, qui ex L. Jul. & Titia dabat.*

*i*) VERUM hoc utile solum, & suadendum, cum sic magistratus eo facilius prospicere possit, ne res pupillorum aliquid detrimenti capiant. Cæterum nullibi leges impediunt, quo minus tutor, qui alienæ jurisdictioni subest, constituatur, modo sufficientem præstet cautionem, & alias idoneus, nec a parentibus prohibitus sit tutor esse, vid. *L XXIV. D. de tutor. & curat. dat. L XXI. § II. Eod.* E contrario autem, quia tutor primario personæ datur, necessario in magistratu constituente respiciendum est, an competens sit ratione personæ pupilli. Non enim judex rei sitæ, non judex, qui jurisdictionem solum ad certam causam habet restrictam, sed judex domicilii tutorem constituit, eo effectu, ut bona etiam pupilli alibi sita administrare possit, quia tutor rebus pupilli per consequentiam solum datur. Unicus hic casus exceptus est, quod, si pupillus maximam bonorum partem sub alio judice habeat, & hic & judex domicilii de constituendo tutore sollicitus esse debeat. *L. unic. C. ubi pet. tut. vel curat. L. XXVII. D. de tutor. & curat. dat.*

*k*) ET quidem inferior, si pupillus duplicem magistratum, superiorem & inferiorem

*l. 1. ff. qui pet. tut. l. 2. §. 23. ff. ad SCt. Tertull.* CARPZOV. *P. 2. c. 11. d. 15.* cæteroquin hereditate, nisi justa causa excusetur[l]. *l. 2. §. ult. in f. qui pet. tut.* se indignam facit. *l. 2. §. 1. & 2. l. 4. pr. eod.* modo liberi decesserint impuberes[m] *l. 3. l. 6. C. ad SCt. Tertull. l. 10. C. de leg. her.* hereditas vero venit tunc ad proximos cognatos *l. 2. §. f. ff. ad SCt. Tertull.* Hodie cum ipsa mater possit esse legitima tutrix, petere debet tutorem, sive iterum nupserit, sive ab initio a tutela abstinuerit. *l. 8. C. qui pet. tut.* alii vero voluntarie petunt, nim. cognati, familiares, affines & amici parentum, item educatores puerorum *l. 2. pr. ff. qui pet. tut.*

II. QUAMVIS vero nemo petat, nihilominus Magistratus tutorem constituere ex officio debet[n]. *l. 1. ff. de jurisd.* vid. DECIS. ELECT. SAXON. 41.

III. CURATORES pro lubitu sibi ipsis petunt minores *l. 2. §. 4. ff. qui pet. tut.* monendi tamen sunt a tutore, ut, si hic ab officio decedat, jam puberes facti petant curatores. *l. 5. §. 5. ff. de admin. tut.*

IV. COGUNTUR vero aliquando[o], ut petant, si velint sibi solutum; si rationes a tutore fuerint reddendæ; & si in judiciis ipsis sit comparendum. Monentur igitur ejusmodi casibus ab altera parte, ut petant: quodsi cessent, ipsa altera pars petit. *l. 1. l. 7. C. qui pet. tut.* Add. ORDIN. POLIT. *de An.* 1577. *tit.* 32. §. *So wollen verb. daß denen Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, biß sie zu ihren voigtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden.* Vid. *h. lib. I. Tit. XXII aphor. III.*

V. PETITUR atque datur tutor vel curator in loco, unde pupillus aut minor est oriundus, vel ubi maximam partem bonorum habet *l. un. C. ubi pet. tut. vel cur.* GUTIEREZ. *tr. de tutel. p. 1. c. 16.* add. FRANTZK. *d. lib. 1. resol. 17.*

agnoscit. Superiorem enim non solum haud obscure excludit *L. unic. C. ubi petant. tutor.* dum magistratum civitatis, cui pupillus bonave ejus subsunt, requirit, sed etiam in ORDIN. POLIT. IMPER. *de anno 1577. titul. XXXII.* datio tutoris magistratui ordinario adscribitur. Rem ex instituto egit BERGER *Elect. Disc. For. p. 313.*

*l*) QUORSUM pertinet, si mater fuerit minorennis, tum enim, quia delictum solum contra jus civile commisit, in integrum restituitur contra pœnam amittendæ hereditatis ab intestato *L. II. C. si advers. delict.*

*m*) TUM enim tota hereditate privatur. Filius vero pubes factus, si matrem in testamento nominatim ab hæreditate non excludat, injuriam remisisse censetur *L. III. C. ad SCtum Tertullian.* Utut vero filio puberi matrem exheredandi, & injuriam illatam vindicandi data sit facultas, haud tamen existimo, eum matri legitimam adimere posse, cum ista causa, si tutor non sit petitus, inter reliquas causas in Nov. CXV. expressas haud referatur. STRICK *ad Lauterbach. h. tit.* IDEM *us. Modern. h. tit. §. IV.* Et sic certe filio pubere facto ipsa pœna cessabit, cum exclusio a reliqua hereditate ideo pœna dici non possit, quia nulla de jure filio imposita est obligatio, ut matrem in bonis, quæ legitimam excedunt, heredem instituat.

*n*) IDQUE hodie plerumque fit non expectata petitione tutoris a matre vel aliis cognatis peragenda. Pertinet enim ad curam magistratus, qua talis, ut pupillo de tutore prospiciat. Cumque jurisdictiones hodie non adeo magni ambitus sint, quin magistratus rescíscere possit, ubi tutore opus est, ipsa ratio statim in oculos incurrit, quare hodie tam frequenter tutores non petantur. Ast Romani ista dispositione de tutoribus petendis eo magis indigebant, quo certius constat, tutoris dationem non officio magistratus cohæsisse, sed a peculiari concessione dependisse, sicque necesse fuisse, ut judex de dando tutore admoneretur.

*o*) IMO vero semper cogendum esse minorem, ut curatorem accipiat, sive adsit, qui petat, sive id magistratus officio relinquatur, nostris moribus vel ideo convenit, quia in minoris arbitrio haud est positum, velitne curatorem admittere, nec ne, sed invitus magis curatori subesse debeat,

# TITULUS XXI. DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM VEL CURATORUM.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Delata tutela necessario suscipienda est; & quidem præstita cautione, & cum inventarii confectione.* L.26. ff. t.7. de adm. & per. tut. & cur. qui gess. vel non & de agent. vel conv. uno vel pl. II. *Modus istboc conficiendi.* III. *Quo omisso tutor est suspectus; nisi testator inventarii confectionem remiserit. Ab illo non est immunis mater.* IV. *Quid obtineat, si plures tutores aut curatores constituti.* V. *Aliquando omnes administrant; & quidem vel non divisa administratione,* VI. *vel divisa.* VII. *Officium tutoris & curatoris consistit in administrando, & autoritatem interponendo.* VIII. *Administratio tutorum.* IX. *Versatur præcipue circa personas pupillorum v.g. educandas.* L.7. ff. t.2. ubi pup. educ. vel mor. deb. & de alim. ei præst. X. *Et per consequentiam circa res.* L.27. ff. t.9. de rebus eor. qui sub tut. vel cur. sunt, sine decr. non al. vel suppon. XI. *Vendere debet mobilia supervacua tutor curatorve; at immobilia non nisi* 1.) *urgente ære alieno* 2.) *cognita causa,* 3.) *decreto interposito. Alias alienatio est nulla.* XII. *Aliquando alienatio ita invalida, in majori ætate, expresse aut tacite, confirmatur.* XIII. *Casus, quibus decreto non est opus.* XIV. *Observanda circa solutionem, & pecuniam fœnori dandam: tutor alias ipse, curatorve usuras solvet. Aliquando & usuras usurarum.* XV. *In genere præstandus est dolus ac levis culpa.*

I. DELATAM tutelam, ut curam sequitur ejus administratio, quam suscipere quis, simul ac se datum esse cognovit [p], debet. *arg. l.* 19. *C. de admin. tut.* Ut vero legitime suscipiatur, requiritur juxta ORD. POLIT *d.t.*32. 1.) cautio [q], & quidem ab omnibus, sive sint testamentarii sive legitimi, sive dativi, 2.) jurata promissio [r], quod velit quis officio bene fungi; quæ promissio sine juramento hodie fit, & cautio ista etiam raro præstari solet: sunt tamen tutoris curatorisve bona tacite oppignorata, 3.) inventarii confectio, 4.) decretum Magistratus.

II. INVENTARIUM initio statim rite est conficiendum, adhibito & requisito Notario cum testibus *l.*24. *C. de admin. tut. l. ult. pr. & §.*1. *C. arbitr. tut.* ac fideliter consignandæ sunt omnes res, quæ sunt in patrimonio pupilli, minorisve. *dict. text.* Hoc ita recte confectum fidem meretur, & facit quoque ad probanda nomina, ut possint inde debitores conveniri *l.*57. *pr. ff. de admin. & peric. tut.*

p) VEL potius, simulac confirmatio magistratus expedita est; hac enim nondum secuta administrare prohibetur REFORM. POLIT. *de anno* 1548. *Tit.XXXI. §.II.* nisi forsan negotium occurrat, quod moram non patiatur STRYCK *Us. Modern. tit. de Confirm. tutor. §.III.* vel tutor testamento datus negligens sit in petenda confirmatione. Moram enim ille si committat, administratio ejus est periculo.

q) QUAE olim, cum negotium hoc esset incertæ æstimationis, semper fidejussoribus intervenientibus facienda erat. Hodie vero satisdandi necessitas fere cessat, cum tutela nemini facile defeatur, nisi qui bona immobilia possidet, in quibus deinde pupillo tacita competit hypotheca. Quare forsan tum demum de peculiari cautione sollicitus esse debet judex, quando tutela defertur tutori, sub aliena jurisdictione constituto. Res ipsa enim tum exigere videtur, ut administratio bonorum pupilli ipsi prius non committatur, quam sufficienter caverit. Idque in Saxonia Electorali publica lege approbatum esse, constat ex RESOLUT. GRAVAM. *de anno* 1609. *tit. Justitien-Sachen §.VII.*

r) QUOD in *dict. Reformat. Polit. Imp. de anno* 1577. dispositum in quibusdam provinciis præcise observari experientia docet. Plerumque tamen ista necessitas remittitur, cum cives jam per juramentum civicum ad munera publica fideliter subeunda sese adstrinxerint. Alibi hoc juramentum civicum tutori in memoriam revocatur, vel promissio etiam ab eo exigitur *an Eides statt.* SCHILTER *Exerc. XXXVII. th. LXXXVIII.* BERGER *Oec. Jur. p.m.* 189.

III. Omissa inventarii confectione [t], tutor ut suspectus habetur, & infamis fit *d. l. fin.* §. 1. *C. arb. tut.* & tenetur in id, quod interest, atque juratur contra ipsum in litem *l. 7. pr. ff de adm. & peric. tut* vid. Montan. *tr. de tutel. cap. 32. reg. 5. n. 71.* nisi testator Inventarium fieri vetuerit [s]. *l. fin.* §. 1. *C. arb. tut.* nihilominus tamen tutor privatim bona fide consignare res pupilli debet [u]. Carpzov. *p. 2. C. 11. d. 4. n. 8.* Neque ab inventarii confectione immunis est mater, tutrix pupillorum, & eo neglecto, ad juratam specificationem tenetur. Decis. Elect. 21.

IV. Si plures tutores aut curatores constituti sint, & pater ex testamento neminem designavit, qui gerat; cum singula melius expediri possint per unum, quam si per multa tutela spargatur: is tutelam administrabit, quem major pars elegit, aut si per Magistratum dati sint, is, quem Prætor statuerit. *l. 3. §. 6. & 7. ff. de admin. & peric. tut.* §. 2. *I. de satisd. tut. tot. tit. C. si ex plur. tut. omnes vel un.* Cæteri tutores non administrabunt [x], sed sunt quasi honorarii observatores [y], & custodes ejus, qui gerit, cu-

[r]) Quod intellige de casu, quando tutor dolo vel culpa inventarii confectionem neglexit. Justam enim causam, si allegare possit, præjudicium illud, de quo Auctor loquitur, non incurrit *L. VII. pr. D. h. tit.* Est vero justa causa, quando pupillus bona non habet, vel, si habet quidem, pater vero defunctus ipse jam consignationem conscripsit, vel mater antea tutrix successori inventarium exhibuit. Cæterum in his æque ac reliquis casibus, si inventario confecto scrupulus remaneat, juramento purgatorio locus est.

[s]) Idque nominatim & expressis verbis. Hoc enim præcise exigere videtur *L. ult. §. I. C. arbitr. tutel.* Inde vero concludit Vinnius *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. XVI.* tutorem ab inventarii confectione non liberari, quando defunctus illi solum necessitatem hujus confectionis remisit. Imo, non obstante expressa prohibitione, judici tamen liberam existimo concedendam esse facultatem, ut arbitretur, an magis expediat pupillo, inventarium confici. Utilitatem enim pupillorum, non scripturam testamenti sequi debet judex *L. X. D. de confirm. tutor. L. V. § VII. D. de administrat. tutor.* Eademque ratio me movet, ut credam, posse & judicem, si utilitas pupilli id postulat, remittere necessitatem inventarii conficiendi, etiamsi testator ea de re in testamento nihil dixerit. arg. *L. II. §. XLV. seqq. ad SCtum Tertullian. L. II. C. de aliment. pupill. præstand.*

[u]) Quamvis enim pater inventarii confectionem prohibuerit, a rationum tamen redditione tutor non est immunis Carpzov. *P. II. Const. XI. def IV.* Imo hac etiam remissa, (qualis tutor anecloglistus dicitur, de quo vid. Schultzii *Differt. peculiar.*) de dolo tamen & lata culpa tenetur *L. V. §. VII. D. de administr. tutor.* Et sic ubique res pupilli salvas præstare debet, quod utrum fecerit nec ne, absque consignatione bonorum cognosci nequit. Confer. Stryck. *Cautel. Contr. Sect. III. cap. II. § I.* Nec quicquam obstat, ne pupillus & hac consignatione omissa, vel minus recte peracta, in litem juret. Quod, quo eo melius evitet tutor, id agat, ut ad consignationem adhibeat aliquot pupilli agnatos, qui consignationem simul subscribant.

[x]) Tutores honorarios Hahn *ad Wesenbec. tit. de auctor. & consens. tutor. n. 3.* & Lauterbach. *Disp. de honorar. tutor. cap. III. §. XXIX. n. 9* tum demum ab administratione excludunt, quando testator vel judex illis administrationem expresse interdixit. Verum hanc prohibitionem constitutioni tutoris honorarii jam per se inesse, ex *L. III. §. I. & II. de administr. & peric. tutor. L. IV. de auctorit. & conf. tutor.* perspicue elucet. Hoc solum leges tutori honorario concedunt, quod hereditatem adire & solutionem recipere possit. *L. XLIX. D. de acquir. vel omittend. hered. L. XIV. §. I. D. de solut.* Quod tamen exorbitans esse & a ratione juris abhorrere recte monet Leyser *spec. CCCXXIX. medit. I.*

[y]) Non vero simplices sunt observatores & otiosi inspectores, sed id agere debent, ut tutor gerens officio suo ex asse satisfaciat, cum & ipsi in subsidium respondere debeant pupillo de damno, per tutores gerentes illato. Quapropter iis merito concedendum est, ut rationes postulent, pecuniam pupillarem conservari curent, inventarii confectionem & editionem urgeant, cautionem exigant, suspectum tutorem accusent, sibique ea ratione prospiciant, ut indemnitatem consequan-

jus facultatibus excussis, & ipsi conveniri possunt; atque imputatur eis, si administratorem istum suspectum non fecerint. *l.* 3. §. 2. *ff. de adm. & per. tut. l.* 60. §. 2. *ff. de rit. nupt.*

V. QUODSI autem omnes tutelam simul administrent, & administratio non sit divisa; omnes ipso jure quidem in solidum tenentur, *l.* 55. *pr. ff. de admin. & peric. tut. l.* 2. *C. de divid. tut. l. f. C. arbitr. tutel.* ex æquitate tamen gaudent 1.) beneficio divisionis. *l.* 1. §. 10. *& seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. ult. ff. rem. pupill. salv. for.* modo omnes sint solvendo tempore finitæ administrationis; *d. l.* 1. §. 12. *&* 15. *ff. de tut. & rat.* si tamen, cessante pubere, vel majore in conveniendo, postea facti fuerint non solvendo, hoc contutoribus non obest, *l.* 1. *C. de divid. tut.* 2.) beneficio ordinis sive excussionis, si nimirum unius vel alterius culpa damnum sit datum, *arg. l.* 3. *C. eod.*

VI. SIN autem divisa fuerit administratio tutelæ, interest, an a testatore sive Magistratu divisa sit, & tunc quisque tutor, pro parte suæ administrationis, convenitur, nec periculum pertinet ad contutores; *l.* 2. *C. de divid. tutel. l.* 51. *ff. de admin. & peric. tut.* qui tamen, propter dolum aut culpam, suspectum non postulaverit collegam, is in subsidium tenetur *l.* 1. §. 15. *ff. de tutel. & rat. distr.* An vero ipsi tutores inter se administrationem diviserint, & quisque in solidum nihilominus conveniri potest. *d. l.* 2. *C. de divid. tut. l.* 46. §. 1. *in f. & l. pen. ff. de. admin. & peric. tut.* locum tamen & hic habet cum beneficium excussionis sive ordinis. *l.* 3. *C. d. t.* tum beneficium divisionis [z]. *l.* 1. §. 10. *& seqq. ff. de tutel. & rat. distrah.*

VII. OFFICIUM vero tutoris consistit in eo, ut pupilli judicium imperfectum; & curatoris, ut imbecillius minorum judicium sua ope suppleat: id quod fit in genere, administratione; ac in specie, actibus pupilli, autoritate, & minoribus, consensu assistendo [a].

VIII. ADMINISTRATIO tutorum versatur præcipue circa personas pupillorum, & per consequentiam circa res & bona eorum; defectus enim judicii est supplendus a tutore § 4. *I. qui test. tut. dar. poss. l.* 12. §. 3. *ff. de adm. tut.*

IX. CIRCA personam tutor curabit ea, quæ ad personam instruendam pertinent [b], ut pro facultatibus & dignitate fiat educatio, mercedes præceptoribus præsten-

tur. Ei in his, si negligentiam haud committant, pupillo contra eos recte denegabitur actio. Interim, cum ex his appareat, istam inspectionem cum quadam administratione secundaria esse conjunctam, eo minori dubio subest, quin tutor honorarius confirmatione magistratus indigeat, quo magis necesse, pupillisque utile est, ut idoneus sit ejusmodi tutor.

z) QUOD quidem indoli correalis obligationis non exacte convenit. Concessit vero NOVELLA *XCIX. cap. VI.* AUTHENT. *hoc ita C. de duob. reis constit.* beneficium divisionis omnibus debendi correis. Quo ipso tamen correalis obligatio non cessat. Nam partim per renunciationem istius beneficii sustineri potest, partim effectum habet, si reliqui non sint solvendo, quia periculum ad correum spectat. Id vero secus est tunc, quando ab initio statim pro parte solum obligatus est tutor. Ille enim factum alterius nunquam præstat, sed ipso jure tutus est, quod ultra partem conveniri nequeat.

a) INTER auctoritatem tutoris & consensum curatoris olim quidem multum intererat. Erat enim auctoritas actus legitimus & solennis ad integrandam personam necessarius. Ejusmodi vero actuum natura hæc erat, 1) ut pure, non sub conditione, 2) statim, non ex postfacto, 3) a præsente, non per nuntium aut per Epistolam expedirentur *L. LXXVII. D. de Regul. Jur.* Quæ omnia secus, quando consensus curatoris interponebatur. Verum hodie sufficit indistincte, ut consensus accedat, sive pupillus, sive minor aliquid negotii celebret.

b) TUTOREM intuitu personæ pupilli,

tur. *d. l.* 12. §. 3. *de adm. tut.* alimenta recte decernantur. Et quidem educatio pupillorum nulli magis, quam matri, committenda [c], si non propter inductum vitricum, aliasque causas, suspicio adsit: *l.* 1. §. 1. *ff. ubi pup. mor. vel educ. deb. l.* 1. *C. eod.* alioquin cognatis, aliisque, in quos nulla cadit suspicio *d. l.* 1. §. 1. *& l. pen. d. t.* qua in re aliquando judicis arbitrio opus est *d. l.* 1. *C. d. t.*

X. CIRCA res, aut bona pupillorum requiritur, ut bene acquirantur, conserventur, & bene ac prudenter expendantur: ad acquæstum & bonorum conservationem quod spectat, morosi debitores ad solutiones interpellandi sunt [d] *l.* 46. §. *fin. ff. de adm. tut. l.* 18. *C. eod.* indefensum pupillum relinquere non debet contra eos, qui cum iis agunt. *l.* 28. *pr. C. d. t.*

XI. VENDITIONEM denique quod attinet bonorum, mobilia quidem supervacua, vel quæ servando servari non possunt, vendere debet, & redactam inde pecuniam in emtionem prædiorum, & redituum collocare, *l.* 22. *in f. C. de admin. tut. l.* 7. §. 1. & 3. *ff. eod.* immobilia vero prædia sive rustica sive urbana, distrahere non potest, nisi æs alienum tantum sit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi: quo casu nec propria autoritate id exequi valet, sed, præter ejus autoritatem, hæc sunt necessaria ad alienationem rerum pupillorum vel minorum 1.) ut probetur, subesse urgentem alienandi necessitatem, veluti si bona vel inutilia sunt, ut æs alienum solvendum est. *l.* 5. §. 9 *de reb. eor. qui sub. tutel. vel. cur. sunt. sin. decr. non al. l.* 12. *C. de præd. & al. reb. min. sin. decr. non. al.* 2.) ut judex cognoscat de illa causa & necessitate alienationis, & de re ipsa alienanda [e] *dict. text. it. l.* 1. *l.* 7. §. 3. *ff. & l.* 6. *l.* 11. *C. d. t.* 3.) ut decretum judicis, sub quo res sita

cujus actiones dirigit, patris vices sustinere, jam dixi. Ut itaque pupilli educationem ita curet, necesse est, quo dignum tandem reipublicæ membrum evadat. Id autem cum absque sumtibus fieri nequeat, per se patet, tutorem alimenta pupillo suppeditare debere. Et hic quidem res tutoris arbitrio est relicta, quid alimentorum loco impendere velit, modo ad facultates pupilli ejusque dignitatem ubique respiciat. *L XII. §. III. de admin. & peric. tutor.* Generatim tamen sibi optime consulit tutor, si magistratui alimentorum determinationem relinquat. Vel maxime vero in eo casu, quando reditus ex pupilli bonis ad alimentationem non sufficiunt, magistratum adeat tutor, quo ille decernat, numne alimentorum nomine quædam bona sint distrahenda STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. III. cap. I. §. X.*

c) PRIMARIO tamen ratio habenda est ejus, quem pater in testamento denominavit *L. I. §. I. D. ubi pupill. educ.* eo deficiente matri committitur, nec facile ei adimitur, etiamsi vitricum liberis superinduxerit. Sola enim superinductio vitrici non sufficit, sed id præterea requiritur, ut male audiat, & periculum inde bonis pupilli immineat, *L. I. C. Eod.* CARPZOV. *P. II. Const. XI. def XLIII.* Nec enim simpliciter prohibetur judex, ne vitricum pupillo tutorem constituat, si ille honestæ famæ sit & suspicione non laboret FINCKELTH *Observ. XXIII.* BRUNNEM. *ad L. fin. C. de contr. tutel. judic. n. ult.* Generatim vero magistratus officium haud est restrictum, ne circumstantiis urgentibus a patris voluntate & legis dispositione recedat, sed ille, ubi de educando pupillo sermo est, eo respicere debet, ut hujus fama & vita illæsa præstetur.

d) ALIAS, si negligentia tutoris probari possit, ejus periculo debitum cedit *L LVII. pr. de administr. & peric. tutor.* Eaque probatio facili negotio peragi potest in debitis certo tempore exsolvendis, cum ea statim exigere debeat tutor MEVIUS *P. IV. Decis. XI.* Mitius tamen cum tutore agitur in debitis, quæ pupilli pater jam contraxit. Tum enim præstat solum culpam latam & dolum, *L. II. C. arbitr. tutel.*

e) IN causæ cognitione itaque id agat judex, ut dispiciat I) ad causam alienandi & an necessaria, an utilis solum sit, II) ad rem alienandam, III) ad modum alienandi, IV) ad ipsam versionem pecuniæ. Hoc enim jubet *L. V. D. de rebus eor. qui sub tutel.*

est, vel domicilium pupillus habet *l. 5. §. 12. ff. eod.* solenniter sit interpositum [f] *l. 6. l. ult. C. d. t.* Vid. OCTAV. SIMONCELLA *tr. de decreto & cater. solennitat. in contract. min.* Quodsi hæc observata non fuerint, alienatio est ipso jure nulla [g] *l. 2. C. d. t.* adeoque competit minori rei vindicatio, qui tamen, nisi possessor sit in mala fide, pretium restituere debet. *l. 14. C. d. t.*

XII. ALIQUANDO tamen alienatio illegitime facta, ex post facto in majori ætate confirmatur 1.) expressa ratihabitione *l. 2. C. si maj. fact. alien. rat. hab.* 2.) tacita [h], si nimirum major factus quinquennio siluerit, & rem ita venditam sciens non vindicaverit. *l. ult. C. si maj. fact. alien. &c.* vid. CARPZOV. *l. 5. Resp. 76.* Ad donationes vero ista præscriptio quinquennii non pertinet *d. l. ult.*

XIII. SUNT etiam casus, quibus non opus decreto 1.) ob qualitatem rerum. vid. *l. ult. C. qu. decret. non op. l. 22. §. ult. C. de admin. tut.* 2.) si pater oppignoraverit. *l. 1. §. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* add. *l. 7. §. 2. eod.* vel alienationem testamento permiserit. *l. 1. §. 2. l. ult. ff. eod. l. 1. & 3. C. qu. decr. non op.* 3.) si communis res sit, & socius ad divisionem provocet [i] *l. 1. §. 2. ff. d. t. l. pen. C. eod.* 4.) in cautione judicatum solvi. *l. ult. §. 3. C de adm. tut.* denique 5.) loco decreti est speciale rescriptum Principis [k] *l. 2. C. qu. decr. non est. op.*

XIV. DENIQUE in expendenda curabit tutor curatorve, ut in tempore solvat, ne pupillus in pœnam aut damnum incidat, *l. 23. C. de admin. tut. &c.* & pecuniam, quam

f) ID est prævia sufficienti causæ cognitione. Debet enim certum esse & determinatum *L. VII. & II. de reb. eor. qui sub tut.* Nec ideo simplex confirmatio judicialis sufficit. Modo tamen judex omnia recte ponderaverit, nil deinde interest, an decretum præcedat alienationem, an eam sequatur, quamvis tutius forsan sit, ut tutor prius de decreto sollicitus sit, quam ad alienationem deveniat.

g) Ex parte minoris. Respectu enim ejus, quem minor sibi obligavit, contractus omnino subsistit, & generatim omnia negotia pupillorum minorumve claudicant. Est vero rationis, ut minor, qui contractum impugnat, pretium ab altero acceptum restituat, ne cum ejus damno fiat locupletior, modo tamen emtor in bona fide sit, & versionem in rem pupilli probare possit, cum alias ratio restitutionis cesset.

h) EAQUE non ex silentio solum, sed & ex factis concludentibus elicitur, quando nempe pupillus vel minor, adepta majorennitate, pretium vel integrum vel pro parte accipit, hoc ipso enim juri suo renunciasse censetur. Cæterum silentium quinquennale, quod alienationem ex titulo oneroso factam convalidat, in negotiis lucrativis ad decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes extenditur. Plane, si accipiens sit in mala fide, sciensque rem minoris non legitime comparaverit, ex temporis lapsu nullam habebit defensionem.

i) GENERATIM omnis alienatio absque decreto valet, quæ non a voluntate minoris, sed a necessitate lege aut pacto imposita dependet. Cessat igitur decretum in provocatione ad divisionem a majorenni facta, cessat, quando alienatio fit ex jure retractus, item, quando pactum de retrovendendo eam urget, add. WERNHER. *P. I. obs. CCXLVIII.*

k) QUOD rescriptum tamen causæ cognitionem non excludit, & sic etiam vices decreti non habebit, quando ex falsa causa est impetratum, sed ipsi procul dubio exceptio sub & obreptionis obstabit. BERGER *Oec. Jur. Lib I. Tit. IV. § XI.* Anne vero juramentum minoris, quod alienationi illegitimæ accessit, eam vim habebit, ut negotium corroboret? Ita putant nonnulli ob AUTHENT. *Sacramenta puberum C. si advers. vendit.* quos Praxis sequitur. Sed merito de fundamento hujus opinionis dubitabis, paulo curatius perpendens, subditorum arbitrio vix relinqui posse, ut legem prohibitivam vel præceptivam facto suo exaniment, eamque juramento haud inesse efficaciam, ut novam producere possit obligationem, ex tali causa, quam lex ipsa rejicit.

acce-

accepit, non temere otiosam relinquat, sed in emtionem prædiorum, vel aliud lucrum conveniens, collocet [l] tantumdem, quantum, deducto eo, quod morbo vel necessitati inopinatæ, pro modo facultatum, satis esse videtur, reliquum fuerit. *l.24. C. eod. Nov.72. c.7.* quod ni fecerit, interjecto duorum aut trium mensium tempore, aut si alias pecuniam pupilli, minorisque in suos usus converterit, ipse legitimas usuras præstabit [m]. *l.7. §.10. & 11. l.13. §.1. & l.15. ff. de admin. tut. l.2. C. de usur. pupill.* Nec refert, utrum illud residuum ex ipsa sorte, an usuris & reditibus annuis supersit, quo casu etiam usuræ usurarum exigi possunt. *d. l.7. §.12.* respectu enim tutoris & curatoris non sunt amplius usuræ, quas a debitoribus pupilli accepit. CARPZOV. *p.2. C.11. d.22.*

XV. In genere vero tutor, vel curator, præstare debet in administrandis rebus dolum, latam & levem culpam [n], h. e. eandem diligentiam, sive non minorem, istis rebus, quam suis, debet impendere *l.1. pr. ff. de tut. & rat. distrah. l.10. l.13. §.1. l.33. pr. de admin. tut. l.2. l.7. C. arbitr. tut.* majorem vero adhuc, si ipse in suis sit negligens. *arg. §.3. I. quib. mod. re contrah. oblig.* Hinc etiam in specie tutor & curator, cujus pupillus minorve, bona feudalia possidet, sollicitus esse debet, ut, casibus convenientibus & debito tempore, renovatio feudi petatur. Vid. SCHRÖER. *tr. von Vormundschafften.*

ADD. *§. fin. l.1. tit.20. I. de Att. tut. & l.1. t.24. I. de satisd. tut. vel cur.*

l) Ea vero occasione curet, ne pecuniam facile elocet, nisi pupillo simul de hypotheca prospiciat. Poterit tamen excusari, si talem in elocatione se gessit, quales alii providi patresfamilias se gerere solent. Quare, si aliorum exemplo homini, qui ab omnibus idoneus habebatur, pecuniam, simplici chirographo vel campio accepto, mutuo dedit, ipsi, si postea debitor præter opinionem solvendo esse desinat, nihil imputabitur, modo probare possit, debitorem tempore elocationis fuisse solvendo, vel minimum communiter pro idoneo reputatum. Claræ hac de re extant leges, puta *L. L. D. de administr. & peric. tutor. L.CXI. de condit. & demonstrat.* Eadem ratione JCtos Jenenses iterata vice respondisse memini.

m) Imo, quando pecuniam in proprios usus convertit, & centesimas usuras præstare, & usuras usurarum solvere debet. *L.VII. §.X. & XII. D. de administr. & peric. tutor.* Cæterum necessitas pecuniam pupillarem fœnerandi tutori quidem remittitur in *Nov. LXXII. cap.VI.* & AUTHENTIC. *Novissime, C. de administratione tutor.* Verum hæ leges hodie usu carent, magisque placet omnibus, tutorem de usuris respondere debere, si otiosam pecuniam pupillarem relinquit. Habet vero tutor a tempore susceptæ administrationis sex mensium spatium, ut elocare possit *L.XV. D. de administr. & peric. tutor.* post susceptam autem administrationem duos menses a tempore factæ solutionis *L.VII. § XI. Eod.* Plane si occasio pecuniam bene collocandi non adfuit, quod, a tutore negatum, pupillus probare debet, tutor liberabitur *d. L.VII § III. L.XII. §. ult. Eod. L III. C. de usur. pupillar.* LAUTERBACH. *Colleg. Theor. Pract. Lib.XXVI. Tit. VII. § XXIV.* Tutor igitur, quo sibi ipsi prospiciat, omnesque lites præscindat, id capiat consilii, ut deficiente pecuniam elocandi occasione rem ad magistratum referat, imo, ne suspicio versæ in propriam utilitatem pecuniæ pupillaris oriatur, in depositione judiciali refugium quærat BRUNNEMANN. *Centur. I. decis. LXXXVII.*

n) Non itaque levissimam. Ab ejus enim præstatione eum *L.VII. C. arbitr. tutel.* liberat. Ut vero, qui se obtulit, aliosque magis idoneos excludit, exactissimam diligentiam præstet, & ideo de culpa levissima respondeat, fere rationis, & in omnibus administrationibus approbatum est, vid. *L.LIII. §.III. D. de furt. §.I. J. de Satisdat. tutor.* Heredes vero tutoris de dolo solum & lata antecessoris culpa conveniuntur, nec culpam levem præstant *L.I. C. de hered. tut.* Sunt enim plerumque gestionis ignari, nec solide ostendere possunt, unde damnum in pupillum redundarit. Conf. THOMASII *Dissert. de culpa tutor. ab hered. præstanda.*

## TITULUS XXII. DE AUTORITATE TUTORUM ET CONSENSU CURATORUM.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Autoritas tutoris describitur.* L.26. ff. t.8. de auct. & conf. tut. & curat. II. *Hæc in plerisque negotiis necessaria.* III. *Ita & consensus curatorum in negotiis minorum.* IV. *Ista autoritate vel consensu interposito, & tutor curatorve, & pupillus minorve, agere aut conveniri potest.* L. 26. ff. t.9. quando ex fact. tut. vel cur. min. ag. V. *Res, pecunia pupilli minorisve comparata, est pupilli aut minoris.* VI. *Tutor curatorve ratione officii contrahens, proprio nomine non obligatur.* VII. *Finita tutela curave, nomine pupilli aut minoris, tutor vel curator conveniri nequit.* VIII. *Aliquando minor veniam ætatis impetrat.*

I. AUTORITAS tutoris est approbatio negotii liciti inter vivos, quod a pupillo, infantia majori, vel pubertati proximo [o], geritur, expresse & pure statim interveniens. *l.* 8. *ff. de aut. & conf. tut. & cur.* §. 10. *I. de inut. stip.*

III. EST hæc autoritas necessaria in omnibus negotiis, quibus pupilli promittunt, & deteriorem suam conditionem facere possunt [p], ut in obligationibus mutuis, v. g. emti venditi, locati conducti, mandati, depositi: quibus pupilli sine tutoris autoritate obligari non possunt; nisi in quantum locupletiores facti; ipsi vero, qui cum illis contrahunt, obligantur, si contractum velit esse ratum pupillus; cum meliorem suam conditionem, etiam sine tutoris autoritate, facere possit, non deteriorem [q]. Vid. *pr. I. de auctor. tutor.* §. *ult. I. quib. alien. licet vel non l.* 28. *pr. ff. de pact. l.* 14. §. 8. *ff. de solut.*

III. QUEMADMODUM autoritas tutoris in negotiis pupilli [r] est necessaria: ita consensus curatorum ratione minorum requiritur 1.) in negotiis, quæ super rebus a

o) INFANTIS enim negotia tutor solus agit, quod ex principio Romanorum fluit, vi cujus nemo alteri obligationem acquirere poterat. §. *IV. & XIX J. de inutilib. stipulation* Inde fiebat, ut tutor infantis omnia proprio nomine ageret, quod Romani administrare vocabant. Pupillus vero infantiam egressus recte omnia agebat; quia tamen ejus persona integra non habebatur, tutor ad eam quasi integrandam accedere debebat, quod Romani auctoritatem interponere vocabant. THOMASIUS *Not. ad Instit. h. tit. pag.* 94.

p) ET sic generatim tutoris auctoritas cessat in negotiis, ex quibus non tam lædi, quam conditionem suam meliorem reddere potest. Fundamentum enim auctoritatis interponendæ est metus læsionis. Quare, etiamsi tutoris auctoritas accesserit negotio, quod tamen in detrimentum pupilli vergit, contra ipsum hoc negotium pupillus & minor, beneficio Prætoris in integrum restituitur, atque necessitas, tutorem ad damnum resarciendum conveniendi, ipsi remittitur. Electionem enim leges pupillo & minori nominetenus concedunt, utrum actione tutelæ uti, an contra eum, cum quo negotium gestum est, in integrum restitui malit *L.III. & ult. C. si tutor. vel curat. intervener.*

q) VERUM & tum tutoris auctoritas cessat, quando obligatio non ex facto pupilli, sed potius ex lege immediate oritur, quod fit in quasi contractibus *L. I. pr. D. de contr. tutel. action.* Ad actus enim, qui pupilli consensu innituntur, leges auctoritatem tutoris restringunt, & sic omnes casus, quando quid ipso jure contingit §. *III. J. de success. ab intestat.*

r) QUAE cum tertio gerit. Nam quotiescunque tutori cum pupillo res est, alius huic tutor constituatur, est necesse, cum nemo sibi ipsi auctor fieri possit. Interim tolerant leges, ut tutor auctor fieri possit in negotiis, ex quibus per consequentiam inter eundem & pupillum quædam obligatio oritur *L I. D. de auctor. & consens. tutor. & curator.* quamvis, quia leges tutorem pupilli debitorem & creditorem ob suspicionem malæ administrationis ab ipsa administratione arcent, NOVELL. LXXII. *cap.II, seq.* per se pateat, tu-

minore, curatorem constitutum habente, ineuntur [t]. *l.3. C. de in integr. restit. min.* Hodie vero non facile cum minore quis contrahet, nisi curator ipsi constituatur. vid. POL. ORDN. *de anno* 1577. *tit.*32. 2.) in judicio *l.2. C. qui legit. person. stand. in jud. hab.*

IV. HAEC autoritas & consensus hunc quoque effectum habent, ut non tantum ex suo facto, tutoris consensu interveniente; sed etiam ex facto tutorum vel curatorum, circa res pupillares s. minoris suscepto, pupilli, minoresve agere & conveniri possint [t]. *tot. tit. ff. & Cod. qu. ex facto tut. vel cur. minor. ag. vel conven. poss.*

V. CAETERUM quamvis jure communi res emta, licet aliena pecunia, ejus fiat, qui eum suo nomine emit, *arg. l.5. §.17. ff. de trib. act. l.3. C. pro soc. l.4. C. comm. utr. jud.* nec ei, cujus pecunia est, quicquam acquiratur; *l.1. l.pen. C. si quis alteri vel sibi l 6. C. de R. V.* aliud tamen in tutore obtinet, qui, si ex pecunia pupilli rem aliquam emerit, licet suo nomine emerit, in utilitatem & commodum pupilli emisse, eique dominium acquisivisse, praesumitur, & rei vindicatio inde pupillo competit [u]:

torem, cui pupillus per consequentiam obligatur, debere esse sollicitum, ut liberatio contingat, eoque nomine alius interim tutor constituatur.

*s*) VERUM cum hodie curatoris admissio intuitu minoris res non sit arbitrii, sed necessitatis, praeterea quoque solemnitas cesset, quae olim auctoritatis interpositionem concomitabatur, apud Romanos, vix est, ut hodie inter consensum curatoris & auctoritatem tutoris differentiam aliquam constituas, cum uterque eandem adhibere debeat circumspectionem, ne res pupilli vel minoris aliquid detrimenti capiant.

*t*) HOC pupilli intuitu, qui infantiam nondum est egressus, omni dubio caret, siquidem tutor solus tum administrat, atque sic factum tutoris factum pupilli sit. Quod autem attinet negotia ab impubere vel minore gesta, ex iis certe, quatenus tutor vel curator solus aliquid egit, nulla oritur obligatio ex parte pupilli vel minoris, nisi quatenus negotium in ejus utilitatem est gestum, ejusque conditio melior facta *L. III. & IV. Quand. ex fact. tutor.* nec interest, an licito modo, an dolo tutoris interveniente res pupilli auctae fiat *L. I. III. & IV. D. Eod.* Quapropter creditor, qui actionem ex facto tutoris vel curatoris contra pupillum vel minorem praeparat, id agere debet, ut probet versionem STRYCK *de proband. vers. credit. cap. I.*

*u*) QUOD speciale esse inde satis apparet, quia res in locum pretii non succedit, quando de titulo singulari sermo est *L. VIII. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nom.* Recte tamen haec juris dispositio, quod dominium rei ex pecunia pupillari emtae pupillo acquiratur temperanda, & ad eum solum casum restringenda est, quando tutor vel curator suo nomine emit. His enim generatim est interdictum, ne pecuniam pupilli in suos usus convertant. Quodsi vero extraneus, cui tutor pecuniam pupillarem mutuo dedit, rem emat, huic, non pupillo, res acquiritur. Caeterum natura juris singularis hoc etiam urget, ne istam legis dispositionem ad alios casus, in legibus non expressos, trahamus. Quamvis igitur idem juris sit in milite, quando ejus procurator vel negotiorum gestor ex peculio castrensi rem quandam comparat *L. VIII. C. de Rei vindic.* item in ecclesia, cujus pecunia administrator usus est eo fine, ut suo nomine inde praedia acquireret *Clement. II. de religios. domibus.* BOEHMER *Diss. de administr. bonor. Eccles. cap. II. §. XIV.* de extensione tamen hujus dispositionis ad rem pecunia dotali emtam merito dubitabis. Dudum enim observarunt juris interpretes, *L. LIV. D. de jur. dot.* in qua omne praesidium extensi juris singularis collocant alii, parum juvare ipsam opinionem, praesertim cum ex *L. XII. C. Eod.* clare constet, praesumtionem solum aliquam nasci, rem in locum pecuniae dotalis surrogatam esse. Recte itaque *d. L. LIV.* ita explicant, quod res pecunia dotali comparata vere dotalis non sit, sed aequiparetur solum rei dotali, ejusque naturam assumat eo effectu, ut uxor utili rei vindicatione utatur, re ista extante, in subsidium, si maritus solvendo esse desinat, add. *L. LV. D. de donation. inter. vir. & uxor.* LEYSER. *Specim. CCCIV. med. IV. sq.* SCHLEEVOGT. *Diss. de utili rei pecun. dotal. compar. vindic.* De ipso vero jure singulari hic explicato MÜLLER. *Diss. de re pecun. aliena compar.*

*l.2. ff. qu. ex fact. tut. vel cur. l.3. C. arbitr. tutel.* HARTMAN. PISTOR. *p.1. q.7. n.3.* hinc etiam nomen sive debitum, pecunia minoris contractum, ad ipsum pertinet, licet tutor semetipsum in chirographo creditorem nominari, curaverit, add MASC. *de probat. Conclus.* 1393. *n.9. & 14.* GUTIEREZ *tr. de tut. & cur. p.2. c.10. n.9.* CARPZOV. *p.2. c.11. def.38.*

VI. SI tutor curatorve ratione officii contraxerit, & se suaque bona obligaverit, proprio nomine non tenetur, nec in propriis suis bonis obligatur, *L.15. C. de admin. tut.* cum constitutio pignoris, & bonorum obligatio, interpretationem accipere deb at ex principali obligatione. *arg. l.178. ff. de R. I.* nisi expresse pro pupillo, minoreve intervenerit [x]; atque ita decisum referunt ANTON. FABER *l.5. ad C. tit.23. def.5.* BERLICH. *Decis.15.*

VII. FINITA porro tutela curave, & redditis rationibus, nomine pupilli minorisve, tutor curatorve conveniri non potest [y], adeo ut, si ipse condemnatus tutorio nomine, antequam satisfaceret, officium deposuerit, non contra ipsum, sed contra pupillum, utilis judicati actio sit instituenda. *l. pen. qu. ex fact. tut. vel cur. l.1. C. eod. l.26. C. de admin. tut. l. f. C de peric. tut. l.4. §.1. ff. de re jud.* vid. CARPZOV. *l.5. Resp.77.* BERLICH. *Decis.13. 14. & 15.*

VIII. DENIQUE hic notandum, quod aliquando minor veniam ætatis a Principe impetret. *l.1. C. de his, qui ven. ætat. impetr.* quæ conceditur masculis XX fœminis XVIII. annis majoribus [z]: modo illam ætatem recte probent, ac testibus idoneis morum suorum instituta, frugalitatem, probitatemque animi & testimonium vitæ honestioris, edoceant. *l.2. pr. & §.1. C. d. t.* Hæc venia ætatis impetrata, omnia ejusmodi minor sine curatore administrare, sed non alienare prædia seu bona immobilia potest [zz], *d. l.2. §.1. in fin.* quæ in alienatione similis est conditio minorum omnium, quod scil. decreto opus sit, sive petita fuerit, sive non, ætatis venia. *d. l.2. §.1. ff. & l.3. C. d. t.* ADD. *L.1. T.21. I de autorit. tutor.*

x) REM omnem sic cape: Tutorem vel curatorem, quatenus pupilli minorisve nomine eum tertio contraxit, ut tutor vel curator, teneri quidem ratione officii, sed ita solum, ut ex bonis pupilli solvat. HAHN *ad Wesenbec. tit. quand. ex fact. tutor. n.2.* Quatenus vero obligationi pupilli vel minoris accessit, ut tertium eodem modo, ut fidejussor, in subsidium conveniri potest *L. V. C. de administr. & peric. tutor.* Quia vero, fidejussoria & accessoria obligatio non præsumitur, id creditor capiat consilii, ut in instrumento obligationis nominatim exprimat, ex quo fundamento tutor teneatur. STRYCK *Caut. Contr. Sect. III. cap. II. §. XVIII.*

y) GENERATIM hic adhibenda iterum distinctio in priori observatione suppeditata, utrum tutor se obligaverit, ut tutor, ratione officii, an tanquam extraneus. Ibi actio contra tutorem finito officio cessat, hic finito etiam officio tenetur, non vero actione tutelæ, sed ea, quam negotii indoles exigit.

z) DE Jure Romano, quod hoc in argumento procul dubio respexit ad id, quod ut plurimum fit, siquidem experientia docet, his annis maturitatem judicii plerumque adesse. Hodie vero ad certum veniæ ætatis concessionem Principes nostri haud adstringunt terminum, sed ad frugalitatem magis & administrandi facultatem unice respiciunt.

zz) ITA in dubio. Posse vero Principem facultatem administrandi ad bona quoque immobilia extendere, dubio omni caret. Et sunt certe, qui cum minore, cui venia ætatis est indulta, contrahunt, statim securi, nec timere debent rescissionem negotii. Quamvis enim minor contra ipsam veniæ impetrationem in integrum restitui possit, hoc tamen de actibus futuris solum, non de iis, quos tempore veniæ gessit,

# TITULUS XXIII. DE CURATORIBUS IN SPECIE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Curæ descriptio.* II. *Curator datur personis minorum, furiosorum, prodigorum, propter res* L. 27. ff tit. 10. de cur. fur. & al. extra min. dand. III. *Minoribus petentibus datur; aliquando & invitis.* IV. *Furiosis etiam invitis detur: ut & prodigis quoad alienationem.* V. *Saluti quoque & corpori furiosi prospiciendum.* VI. *Defertur cura a magistratu, etiam lege, furiosis; nominatus testamento curator confirmatur.*

I. JUNXIMUS hactenus sæpius tutoribus curatores, cum in plurimis conveniant a. Est autem cura vis atque potestas, minoribus ob imbecillius judicium, vel animi, corporisve vitio laborantibus, in bonis administrandis adsistendi b *pr. I. de curat. l. 1. pr. ff. de curat. furios. &c.*

II. SUPPLET itaque curator personæ defectum, vel naturalem, in minoribus. *d. pr. I. de curat.* vel accidentalem, eumque aut physico modo, ut in furiosis & mutis, aut moraliter, ut in prodigis, evenientem §. 4. & 5. *Inst. de cur. & tot. tit. ff. de curat. furios. & al. extra min. dand. & C. de curat. furios. vel prodig.* Et quidem datur personæ propter res seu negotia administranda. *d. pr. I. de curat. l. 7. ff. de curat. furios.*

III. NON autem nisi volentibus, & petentibus minoribus c dantur, sec. jus erit intelligendum, cum horum intuitu pro majorenni habeatur, BRUNNEMANN *ad L. V. C. qui ven. ætat. impetrar. n.* 30.

a) CONVENIUNT nempe hodie non solum intuitu constitutionis, sed etiam intuitu administrationis. Constituuntur nempe testamento, quod olim fieri non poterat, cum volens solum minor curatorem acciperet §. *I. J. de Curator.* Constituitur lege, quod olim iterum solum fiebat ratione furiosorum, prodigorum & mente captorum, testamenti factionem non habentium *L. XIII. D. de manumission.* Fundamentum enim, ut quis invitus ad hoc onus suscipiendum cogi posset, erat spes proxima succedendi ab intestato. Quia vero minori integra esset facultas, testamentum condendi, propinquosque suos ab hereditate excludendi, cessabat etiam fundamentum obligationis. Constituuntur denique in subsidium a magistratu. Hæc vero velim de iis accipias, qui inviti curatores accipere debent. Reliquos quod attinet, qui volentes solum curatorem accipiunt, iis magistratus solum ea de re rogatus curatore prospicit. Cæterum quod quoad administrationem nulle inter tutorem & curatorem hodie fit differentia, jam sæpius dixi.

b) POTIUS ita dixeris. Esse curam potestatem administrandi bona eorum, qui ipsimet ad administrandum non satis idonei sunt. Istaque idoneitas cum deesse possit partim ob usum rationis humanæ vel in totum denegatum, v. c. in furioso, prodigo, vel insufficientem, ut in minore, mente capto; partim ob impedimentum, quod facultati administrandi obstat v. c. in absente, valetudinario, surdo, muto, ipsa cura duplici ratione venit consideranda. Partim enim cum personæ directione est conjuncta, eaque necessaria recte dicitur, & invitum quoque tenet, partim administrationem bonorum tantum respicit, eaque sigillatim voluntaria dici meretur, quia invito non obtruditur.

c) RATIO vero ipsa, quod minores olim non nisi volentes curatorem acciperent, inde maxime est repetenda, quia moris erat, ut adolescentibus solum curator daretur, quibus vita paulo lascivior & dissolutior erat, quique rebus suis ob dementiam vel ingenii & mentis imbecillitatem minus superesse poterant. Quotiescunque igitur minor desideraret curatorem, ut causam simul allegaret, eaque magistratui probaretur, erat necesse, quo ipso tamen nomini suo ignominiam, & existimationi infamiam non poterat non inurere. Sed, cum minores ea ratione de curatore haud essent solliciti, eo certius vero technis & fraudibus eorum, quibuscum contrahebant, negotiaque gerebant, expositi, permisit postea Antoninus Pius, ut adolescentes honeste sine famæ periculo curatores accipere possent, dum illos immunes præstabat a necessitate allegan-

civile Roman. curatores §.3. *I. de curat. l.13. in fin. ff. de tut. & cur. dat.* Excipiuntur tamen quidam casus, quibus invitis datur curator, nim. 1.) ad litem *d.* § 3. *I. l.1. C. qui pet. tut. vel. curat.* 2.) si minori debitor velit, vel cogatur solvere. *l.7.* §.2. *ff. de minor.* 3.) ad recipiendas rationes tutoris *l.7. C. qui pet. tut. vel. cur.* 4.) si profundere res suas incipiant, *l.12.* §.*fin. ff. de tutor. & curat. dat.* vel alias res ipsorum hoc necessario exigant. *l.6. C. in f. qui pet. tut.* Caeterum hodie vix solet minor absque curatore relinqui, praesertim si contractus sit celebraturus. *d.* ORDIN. POLIT. *de anno* 1577. *tit.*32. §. *so wollen wir.*

IV. FURIOSIS & prodigis, etiam invitis constituuntur curatores. *d. tit. ff. de curat. furios.* Et quidem prodigi opus habent curatore, quoad erogationem, & alienationem, cum nec tempus, nec finem expensarum habeant. *l.1. pr. ff. d. t.* praecedit vero causae cognitio, quinam pro prodigis sint habendi *arg. l.6. ff. d. t.* Corporis porro vitio, seu morbo laborantes, non nisi volentes ac petentes accipiunt curatores, nisi plane rebus suis superesse non possint *arg:* §.2. *I. de curat.* add. SYNTAGM. NOSTR. JUR. FEUD. *cap.5. aph.4. n.5.*

V. NOTANDUM etiam, quod consilio & opera curatoris non solum patrimonio prospiciendum sit, sed corpori, & saluti furiosi [d] aliovo morbo laborantis. *l.7. pr. l.5. ff. de curat. fur.* add. *l.12.* §.3. *de admin. tut. l.14. de offic. praesid.*

VI. DEFERTUR regulariter cura solum a Magistratu: furiosi vero & prodigi etiam sunt in curatione legitima s. agnatorum [e] *l.3. ff. de tut. & curat. dat &c.* Nominatus quoque curator in testamento, a Magistratu confirmatur. *tot. tit. ff. de confirm. tut. vel. curat.* ADD. *L.1. Tit.23. Inst. de curatoribus.*

# TITULUS XXIV. QUIBUS MODIS TUTELA VEL CURA FINIATUR.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Finitur tutela.* II. 1.*pubertate*, 2.*morte*, 3. *conditionis aut temporis lapsu.* III. *Quomodo cura finiatur minorum, furiosorum, prodigorum, aliove vitio laborantium.*

I. CESSAT administratio tutoris vel curatoris, vel quod finita sit tutela curave; vel quod ex justa causa se excusent; vel quod suspecti reddantur.

di rationes, ob quas curatorem peterent. Ex quo patet, iis jure Romano extra casus ab Auctore allegatos nunquam necessitatem, accipiendi curatorem, impositam, sed existimationem solum eorum, si peterent curatorem, salvam praestitam fuisse & integram OISEL *ad Caji Instit. Lib. I. Tit. VIII.* add. SCHULTINGIUM *ad d. loc.* Hodie minorum arbitrium restrictum esse diximus, siquidem inviti indistincte curatorem accipiunt REFORM. POLIT. *de anno* 1577. *tit. XXXII.* Hoc solum ipsis permittitur, ut personam eligere possint, quod & Juri Romano conveniens est *L. XLIII.* §. *III. de procurat.*

*d*) ALIOQUIN si damnum ab illo datum in furore, curatoris periculum est, ipseque laeso respondere debet de damno, quia rectius furiosum non custodivit *L. XIV. de offic. praesid.*

*e*) ET hos invitos cogi ad curam suscipiendam leges disertis verbis innuunt, sin recusant curam, causaque justa deficit, emolumento successionis privantur. Hoc vero inter curam furiosi & prodigi legitimam interest, quod patri furioso filius etiam curator dari possit, non vero patri prodigo, hoc enim indecorum esse Romani arbitrabantur. *L. XII.* §. *I. D. de tutor. dat. L. I.* §. *I. D. de curator. furios.*

II. FINITUR tutela 1.) cum pupilli pupillæve puberes esse cœperint, nimirum masculi anno XIV. fœminæ duodecimo completo *pr. I. quib. mod. tut. vel. finitur.* Hodie fere post pubertatem eædem personæ etiam manere solent curatores usque ad adultam ætatem [f]. GAIL. 2. *Obs* 96. 2.) morte, cum naturali tutoris [g] & pupilli, tum civili [h]. §.4. *I. d. t.* 3.) conditionis eventu, & temporis lapsu [i] §.2. & 5. *eod. tit.*

III. CURA finitur, & quidem minorum 1.) si is majorennis factus, secundum jus Roman. anno 25. secundum jus Saxon. anno 21. completo. 2.) quodammodo, si veniam ætatis a Principe impetraverint, qua de re *Tit.* 22. *aph. ult.* furiosorum vero, si sanitatem receperint. *l.* 1. *pr. ff. de cur. furios.* prodigorum, si sanos mores receperint, de quo cognoscere, & decernere debet Magistratus, vitio & morbo corporis laborantium, si convaluerint. *arg. d. l.* 1. *pr. ff. de curat. furios.*

ADD. *L. I. Tit.* 21. *I. quib. mod. tutel. finit.*

## TITULUS XXV. DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

### S U M M A R I A.

APHOR. I. *Excusatur quis a tutela suscipienda, vel ita, ut ne volens quidem admittatur:* L. 27. ff. t. 1. de excusat. II. *Vel ita, ut invitus non teneatur suscipere.* III. *Detrectare sine justa causa tutelam, curamve non est licitum.*

I. EXCUSATIO est allegatio immunitatis a tutela vel cura. Excusatur vero quis a tutela & cura [k] suscipienda vel ita, ut ne volens quidem admitta-

f) GERMANIS enim distinctio, quæ apud Romanos ratione ætatis obtinebat, in argumento de tutela non fuit cognita, sed una apud eos fuit semper pubertas, & sic etiam una tutela vid. BEYER. *Diss. de hodiern. tutor. & curator. differentia.* Ast, cum leges Romanæ tutori solum imponerent obligationem, ut pupillo præesset, non poterat non ipsa obligatio expirare, simulac pupillus desineret esse pupillus. Quare etiam tutor, qui ultra pubertatem res pupilli administrabat, non tutelæ nomine, sed ut negotiorum potius gestor tenebatur, quamvis in effectu hic nihil interfuisse docui in PROGR. PECUL. *de actione negot. gestor. contra tutor. finit. tutel. administr. a tutelæ judicio non diversa.*

g) TUTELA enim, ceu munus personale, ad exemplum ejusmodi munerum, expirat morte, eo nempe effectu, ut heres tutoris tutelam continuare non debeat. Quod autem attinet obligationem, quam tutor vi quasi contractus subit, ea ad heredes recte extenditur, & sic hi & rationes reddere, & damna data resarcire debeat.

h) ERAT enim tutela munus publicum a cive Romano subeundum. Capitis igitur diminutio cum tolleret jus civitatis Romanæ, tutelam etiam tolleret, omnino erat necesse.

i) QUOD de tutoribus solum testamento datis intelligendum. Id enim testatori, tanquam legislatori privato, permittebatur, ut tutorem sub conditione vel ad certum tempus dare posset. Magistratus vero & lex semper pure eoque effectu ad tutelam vocabat, ut tutor munus per integrum impubertatis tempus continuaret.

k) QUIA tutela apud Romanos itemque hodie est munus publicum, facile patet, easdem causas excusare a tutela suscipienda, ex quibus munus publicum quis declinare potest. Sunt autem causæ a munere publico excusantes duplicis generis, vel enim innituntur lege prohibitiva, & in totum a munere publico arcent, ut ne volens quidem admitti possit, qualis excusatio impropria est, quia necessaria est, atque ideo Romani, in assignando cuilibet negotio peculiari nomine nimis subtiles, ex ejus generis causis tutorem *excusari* dicebant. Vel innituntur lege permissiva, & ex jure singulari tutori, qui alias volens admitti poterat, facultatem, hoc onus declinan-

tur, nim. 1.) ob inhabilitatem, ut propter vitium & morbum graviorem *l. un. C. qui morb.* inimicitas [l] inter patrem pupilli & tutorem, *l.* 6. §. 17. *ff. de excuf.* ætatem minorennem. Vel nimis profectam *l. ult. C. de legit. tutel. l. un. C. qui ætate.* paupertatem [m] §. 6. *I. de excuf. tutor.* negotiorum gerendorum imperitiam [n]. §. 8. *d. t.* prodigalitatem. *arg. l. ult. C. de legit. tutel.* 2.) ob militiam *l.* 8. *ff. de excufat. l* 4. *C. qui dat. tut.* §. 14. *I. d. t.* Et ex his duabus altera, fi poft fufceptam tutelam vel curam fuperveniat, eam ceffare facit. *l.* 11. *ff. de excufat.* 3.) ob controverfiam cum pupillo [o], adeo ut, cre-

di, concedunt, qualis excufatio propria eft, quia voluntaria eft, & ex tali caufa tutorem fe *excufare* arbitrabantur vid. THOMASIUM *Not. ad tit. Inft. de excufat. tutor.* Præterea inter utramque fpeciem hæc etiam intercedit differentia, quod excufatio voluntaria a tutela quidem fufcipienda, neutiquam vero a fufcepta excufet, neceffaria e contrario abfolute tutorem repellat. Porro, quia voluntaria favorem tutoris refpicit, illi non generatim folum renunciare, fed & pacto, ne excufatione utatur, in fe recipere poteft *L. XV. §. I. D. de excufat. tutor.* quod tamen de caufa folum, quæ tempore renunciationis adeft, non de ea, quæ poft renunciationem fupervenit, intelligunt, cum hæc ad non cogitata fit referenda. Denique teftator etiam efficere poteft, ne tutor excufatione utatur, quando eo nomine legatum relinquit. Hoc enim, fi agnofcit tutor, onus tutelæ amplius recufare nequit *L. V. §. II. de his, quæ ut indign. L. XXVIII. §. I. L. XXXVI. pr. de excufat. tut.* Quæ omnia in excufatione neceffaria ceffant. Interim Auctor nofter has excufationes non adeo accurate diftinxit. Paupertas enim ab onere tutelæ non repellit, fed juftam folum excufandi caufam tribuit *cit. §. VI. J. de Excuf. tutor.* nec adverfa valetudo femper ab onere tutelæ liberat, nifi ea fit, quæ impediat, quo minus quis rebus fuis fupereffe poffit *L. X. § VIII. D. Eod.* Idem juris eft in eo, qui fe excufando ad ætatem nimis provectam provocat.

*l*) QUAE caufa recte inter neceffarias refertur, quia inimicus dubio procul prædo magis, quam tutor eft futurus *L. II. pr. D. de jur. immunit.* Sed quid fi pater in teftamento inimicum tutorem conftituerit? Remiffa quidem hoc in cafu videtur injuria, ita, ut tutor excufationem non habeat *L. VI. § XVII. D. de excufat. tutor.* Quodfi vero appareat, propter inimicitias cum teftamento tutorem effe datum, ut litibus implicetur, recte fe adhuc excufabit §. *IX. J. Eod.*

*m*) IN qua dijudicanda non præcife ad quantitatem patrimonii, fed ad id magis refpiciendum, an quis aliena negotia ita commode administrare poffit, ut tempus ipfi neceffariis vitæ fubfidiis acquirendis fufficiens remaneat. Quare recte excufatur, qui docere poteft, quod ipfo victu & amictu non poffit non indigere, quando tutelam in fe reciperet, five quod idem eft, quod oneri injuncto fit impar §. *VI. J. de Excufation. tutor.*

*n*) ITA nempe *cit. §. VIII. J. de excuf. tutor.* explicare folent, quod fola imperitia literarum juftam excufandi caufam non tribuat, nifi tutor fimul imperitus fit negotiorum. Poffe enim imperitum literarum rationes per alium conficere, aut in bacillis fiffis, *Kerb Hölzern*, confignare cenfent. Eamque interpretationem Praxis fequitur, vid. HOPPIUM *ad Inftit. h. tit.* STRYCKII *Diff. de bacillis fiffis.* Sed, nifi me omnia fallunt, eadem ipfa explicatio menti Legislatorum Romanorum haud convenit. Non enim eo fine imperitia literarum & negotiorum in *cit. §. VI.* conjungitur, tanquam utraque in tutore, ut jufta excufatione utatur, concurrere debeat, fed duplex potius ibi adeft propofitio, quarum una cum altera non eft confundenda. Prima eft: Imperitiam literarum a tutela excufare. Idque ratione non deftituitur. Qui enim neque fcribere neque legere poffunt, ad reddendas rationes funt plane inidonei, liquidem valde dubito, quod Romanis modus confignandi rationes in bacillis fiffis fuerit cognitus. Secunda eft: Imperitiam litterarum non excufare ab aliis muneribus publicis quæ rationum redditionem non defiderant, nifi, quatenus imperitia quoque negotii gerendi accedat. Dixi latius in *Comment. ad Conftit. Omiff Manip. I obf. VI.*

*o*) TAM præfentem, quam imminentem, ita quidem, ut Jure Novo qualiscunque lis fufficiat, quod jure Pandectarum fecus *L. XXI. pr. D. de excufat. tutor.* Creditor tamen & debitor pupilli non præcife repellitur, fed, fi magiftratui rem denunciet, eoque operam collocet ut, pacto liberatorio interveniente, occafio litigii, & fufpicio malæ adminiftrationis præfcindatur, recte admittitur. Alias creditor amiffione

ditum

ditum dissimulans, & nihilominus tutelam suscipiens, ejus amissione puniatur. *Nov.* 72. *c.* 1. & 4. DECIS. ELECT. 34. & 35. add. BERLICH. *Decis.* 157. & *seqq.* Si vero talis controversia post susceptam tutelam supervenerit, alius adjungitur. *d. Nov.* 72. *c.* 2.

II. VEL ita excusatur tutor, ut volens quidem admittatur, sed invitus cogi nequeat: 1.) ob privilegium tributum certo numero liberorum, nim. trium. *pr. I. de excusat. tutor. vel curat.* quod tamen hodie vix observatur *p*; singulari professioni §. 15. *I. eod.* dignitati §. 3. *I. eod.* administrationi fiscali *q*, §. 1. *I. eod.* absenti Reip causa §. 2. *I. eod.* Hac de re ita cautum est *in der* FÜRSTLICHEN SACHS. GOTHAISCHEN VORMUNDSCHAFFTS-ORDN. *tit.* 5. §. 1. *Unserer, auch unserer Grafen und Herren Cantzler, Räthe und andere Beamte, so mit Regierungs- Consistorial- Cantzeley- Kammer- Renterey- und Gerichtl. Verwaltung beladen, mögen, wegen obhabender solcher Bürde, zu keiner Vormundschafft, wider Willen, genöthiget werden. Wiewohl solche, da sie denen Unmündigen nahe verwandt, und kein denenselben verträgliches Mittel zu dieser Bestellung sonsten sich ereignet, sich, unserer gnädigen Zuversicht nach, disfalls doch nach müglichen Dingen bequemen werden.* Et §. 2. *Die in Predigt- Ambt begriffenen mag man zu keiner Vormund- oder Pflegschafft über Unmündige, oder daran sonsten eine sonderliche Verwaltung hafftet, nöthigen.* 2.) quod jam occupati tribus, diversi patrimonii, tutelis curisve §. 5. *I. de excus. tut. vel cur.* sive etiam una magni seu diffusi patrimonii non cogi possint ad aliam subeundam. *l.* 31. §. *fin. ff. eod.*

III. QUOD si vero quis, sine justa causa, detrectat tutelam vel curam, nihilominus ab eo tempore, quo a magistratu confirmatus est, periculum administrationis sustinet *r* *l.* 19. *C. de admin. tut. l.* 15. *C. de excus. tut. & cur.* & cognati, si detrectant tutelam, jus succedendi amittunt. Præterea etiam, cum tutela munus publicum sit, h. e. publica autoritate deferatur, potest quis per mulctam, aliave ejusmodi media, ad suscipiendum cogi.

ADD. *Lib.* 1. *Tit.* 25. *I. de excus. tutor vel curat.*

crediti punitur, debitor exceptionibus suis privatur. Ab hac tamen pœna lex excipit matrem NOVELL. *XCIV. Præf. ad cap. I.* Praxis vero creditorem vel debitorem pupilli, a patre in testamento tutorem datum, quamvis forsan invitis legibus.

*p*) ITA recte Auctor, quicquid forsan dissentiant Practici, qui religioni sibi ducunt, a verbis legum Romanarum recedere. Habent enim privilegia in numerum liberorum statuta speciales suas causas, nostratibus plane incognitas, quas vide in HEINECCII *Antiq. Roman. tit. de Excusation. tutor.*

*q*) NEC hic errat Auctor, si Jus Romanum respicias. Quamvis enim necessariis excusationibus hanc annumeret HOPPIUS *Comment. ad Instit. h. tit.* ratio tamen, quod, cum bona administratoris fisci jam obligata essent, pupilli res salvæ præstari haud potuerint, omnino fallit, cum pupillus fidejussoribus datis securus fieri posset. Verum hodie ista excusatio recte forsan ad necessarias refertur, quia tutorem vix credimus idoneum, nisi qui bona immobilia possidet, quæ pignori legali inservire possunt. Administratoris vero fisci bona fisco jam obligata esse, & sic pupillo satis prospici non posse, palam est.

*r*) IDEM juris est, si falsam causam allegavit. Excusatio enim ex tali causa concessa vel ideo non prodest, quia jura decipientibus non succurrunt, add. §. *ult. J. de Excusat. tutor L. XXXIII. de re judic.* Sic vero periculum tutelæ ejusmodi tutor jure meritoque sustinet *L.* 1. & *ult. C. si tut. vel curat. fals. alleg.*

## TITULUS XXVI. DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

SUMMARIA.

*Aphor.* I. *Suspectus tutor vel curator describitur.* L. 16. ff. t. 10. de suspect. tut. II. *Suspecti accusatio.* III. *Postulatus ut suspectus, abstinere debet administratione.* IV. *Decreto removetur tutor curatorve vel simpliciter.* V. *Vel cum infamia, ob dolum.*

I. SUSPECTUS Tutor vel curator est, & propterea removendus, qui non ex fide, aut nimis negligenter, tutelam curamve gerit. vid. §. *ult. I. de susp. tut.* vel etiam gestionem omittit [r], §. 5. *I. h. t. l. 2. & 3. C. eod.*

II. OB suspecti crimen [s] cujuslibet generis tutores vel curatores accusari possunt, §. 2. *I. de susp. tutor. l. 4. C. eod.* & quidem durante, non vero finita [u] tutela curave. *l. 1. l. 7. C. d. t.* Patet hæc accusatio omnibus, §. 3. *I. h. t.* cumprimis vero incumbit propinquis, contutoribus, imo & ipse Magistratus debet inquirere: *l. 3. §. 4. & 12. ff. de susp. tut.* Non tamen permittitur impuberibus, suspectos facere tutores; adolescentibus vero, seu minoribus, conceditur curatores accusare, dummodo ex consilio cognatorum id faciant. *l. 7. pr. ff. de susp. tut.*

r) VEL etiam non ex fide gesturus præsumitur, qui quasi suspectus dicitur, & ante tutelæ administrationem removeri potest. Hanc enim suspicionem in futurum approbat §. *V. J. de suspect. tutorib.* Non tamen temere hæc suspicio capienda, sed ad mores potius, & vitam ante actam tutoris est respiciendum *L. V. C. Eod.* Quapropter sola paupertas non sufficit *L. XXXI. §. I. D. de reb. auctor. judic. possid.* Cadit autem suspicio in eum, qui absque justa causa gerere recusat *L. fin. D. & L. III. C. de suspect. tutor.* qui inventarii confectionem negligit *L. VII. pr. de administr. & peric. tut. L. fin. C. arbitr. tutel.* qui data pecunia se ingerit *L. III. §. XIII. in fin. de suspect. tutor.*

s) QUAE vero causa est, quod criminis reus dicatur, qui suspectus postulatur, cum tamen actio suspecti sua natura non sit criminalis sed civilis? Resp. Ratio denominationis inde desumitur, quia nonnunquam dolus criminali animadversione dignus intercedere potest. Et sic quidem nil obstat, ne actio suspecti instituatur coram magistratu, qui tutorem constituit, puta, inferiori. Simulac vero de pœna, remotione graviori, corporis forsan afflictiva, ob insignem dolum tutori infligenda, sermo est, cognitio & pœnæ executio magistratui majori & superiori competit. Interim ille ipse conceptus de crimine suspecti hoc operatur, ut quilibet, ille etiam, cujus non interest, tutorem suspectum facere, hodieque denunciatione, quæ apud nos in locum accusationis Romanis usitatæ succedit, uti possit. Eoque sensu suspecti postulatio quasi publica accusatio dicitur in §. *III. J. de suspect. tutor.* Inde vero porro est, quod apud Romanos nemo suspectum postulare poterat, nisi qui accusandi habebat facultatem. Ex speciali tamen ratione Romani matronis, pietatis necessitudine ductis, suspecti postulationem concesserunt, *d. § III. J. Eod.* cum alias fœminæ ad accusandum procedere haud possent, qua de re dixi in COMMENT. *ad Constit. omiss. Manip. I. Obs. X.* Ex eadem ratione, quod accusatione expediretur suspecti postulatio, minoribus octodecim annis ne suos quidem curatores suspectos facere permittebatur. Imo & iis, completo jam anno 18. suspecti postulatio sub certa solum conditione, ab Auctore allegata, concessa fuit, quod optima innititur ratione, ne forsan ex sola libidine tutoris existimationi aliquid detraherent. Conf. *d.* COMMENT. *Manip. I. obs. XI.* Generatim vero, qui tutorem suspectum facit, sollicite caveat, ne verosimilibus indiciis & conjecturis destituatur. Existimationi enim tutoris cum multum decedat, dubium non est, quin calumnia apparente actio injuriarum locum habeat *L. III. C. de Calumniat.* CONST. CRIMIN. *art. LXI.*

u) QUIA remotio tutoris, quæ pœna regulariter suspecti est, amplius locum habere non potest. Ex eadem causa suspecti cognitio etiam

III. Pendente cognitione postulatus, seu accusatus ut suspectus, abstinere debet administratione [x], curatore interim dato *l. 7. C. de susp. tut.*

IV. Perfidia vel negligentia magna probata, sequitur sententia, seu decretum Magistratus, quo removetur tutor curatorve, & alius substituitur. Removetur vero vel simpliciter, vel cum aliqua pœna. Simpliciter & absque pœna removetur, si non ex perfidia seu dolo, sed solum ex magna negligentia [y], non recte quis gesserit tutelam curamve *l. 3. §. f. l. 4. ff. de susp. tut.* Pœna vero infamiæ infligitur, si quis ob dolum removeatur. §. 6. *I. d. t.* præterea castigatio additur, si dolus subsit gravior. §. 10. & 11. *I. eod.* Si tamen persona sit cognata vel affinis, etiamsi dolus subsit, famæ tamen ejus parcendum [z]. *arg.* § 2. *I. d. t.* & aliquando solum curator adjungitur, *l. 9. ff. de susp. tutor.*

Add. *L. I. T. ult. I. de susp. tutor. vel curat.*

## Titulus XXVII. De Actionibus Ratione Tutelae Curaeve Competentibus.

### Summaria.

Aphor. I. *Tutor ratione administratæ tutelæ convenitur* 1. *actione tutelæ*, L. 27. ff. t. 3. de tut. & rat. distrah. & util. cur. caus. act. II. 2. *actione de rationibus distrahendis*. III. *Competit etiam tutori contra pupillum actio tutelæ contraria*. L. 27. ff. t. 4. de contrar. tut. & util. act. IV. *Curator convenitur actione tutelæ utili, vel etiam utili actione de rationibus distrahendis*. V. *Minorem curator convenit utili actione tutelæ contraria*. VI. *Et in subsidium Magistratus* L. 27. ff. t. 8. de Magistr. conv.

I. Per susceptam administrationem tutelæ, quasi contractus initur: de quo *l. 3. t. 18. §. 9.* agetur. Ex illo oritur actio tutelæ directa, qua pupillus

morte tutoris finitur. Actio tamen civilis contra tutorem, finita tutela, & contra ejus heredes, si mors intervenerit, semper locum habebit. Nec dubium est, quin tutor, si præter remotionem alia pœna gravior ipsi immineat, finita quoque tutela eam subire debeat *L. III. §. VI. L. XI. D. de suspect. tutor.*

x) Quod suspensionem vocant, eamque rationis esse, per se patet, quo nempe tutori omnis occasio diutius grassandi in rebus pupilli adimatur. Quare ne illi quidem administratio relinquenda est, qui satisdationem offert §. *ult. J. de suspect. tutor.* De eo vero quærunt, an ista suspensio ipso jure eveniat. Affirmant nonnulli in *L. XIV. §. I. D. de solution.* opinionis fundamentum collocantes. Verum hanc sententiam cum temperamento admittendam esse existimo, quando scilicet prævia generali cognitione apparet, non levis administrationis perfide gestæ adesse indicia. Est enim ista suspensio cum quadam ignominia conjuncta, & procul dubio suspicionem prægnantem præsupponit, de qua tamen absque causæ cognitione constare vix potest. Certe, si accusatio contra alios administratores pendeat, sive publicos, sive privatos, id juris observari, nemo fere in dubium vocet. vid. Wernher *P. VII. obs. CLXVIII.* Rationem vero diversitatis, & quare idem in tutore suspecti postulato locum habere haud debeat, non video.

y) Atque sic etiam tutoris famæ consulitur, etiamsi culpa lata concurrat. Hæc enim in civilibus solum, ubi de re restituenda tantum agitur, dolo æquiparatur *L. XXXII. D. Depos.* In criminalibus vero, ubi de pœna applicanda sermo est, ut hic de infamia, dolus præcise adesse debet, add. *L. fin. C. de suspect. tutor.*

z) Idque generatim fit, quando tutor legitimus removendus est, cum ipsius pupilli intersit, ne proximi agnati infamia notati familiæ sint dedecori. Removentur igitur absque subdolæ administrationis mentione. Imo ne removentur quidem facile, sed adjunctione curatoris ipsis præscinditur occasio, administrationem perfidam continuandi.

contra tutorem experitur, ut res juxta inventarium restituat, rationes reddat, reliqua solvat, & damna præstet[a], *l. 1. pr. §. 1. & seqq. ff. de tutel. & rat. distr.* & quidem est reddenda ratio a tutore in loco, ubi gessit tutelam[b], DECIS. ELECTORAL. 36. Arbitrari itaque debet judex, quid, excussis rationibus, tutorem pupillo præstare, & reputare oporteat[c]. *l. 3. ff. d. t.* unde arbitrium hæc actio dicitur. *rubr. C. arbitr. tutel.*

II. PRAETEREA tutor aliquando ex bonis pupilli, durante tutela, quid abstulit, unde datur etiam actio de rationibus distrahendis vel dispungendis, quæ actio est ex delicto, seu ablatione, & interversione rei pupillaris, & datur in duplum, quod duplum partim pœnam, partim ipsam rem continet, & ita mixta est actio[d]. *l. 1. §. 21. 22. & 23. ff. de tutel. & rat. distr.*

III. E contrario vero datur actio tutelæ contraria[e], qua nimirum tutor con-

a) OLIM hæc actio finita solum tutela contra tutorem instituebatur *L IV. pr. D. de tutel. & ration. distrah.* Hodie singulis annis institui potest, cum necessitas imposita sit tutoribus per legem publicam Imperii, puta RECESSUM *de anno* 1548. ut non quotannis solum rationes reddant, sed & easdem sponte offerant. Quapropter & ad magistratus officium spectat, ut negligentiam tutoris in edendis rationibus coerceat. Imo, refractarium tutorem, tanquam suspectum, removere posse, non dubito.

b) QUOD forum gestæ administrationis dicitur, & in favorem tutoris introductum est, quo probationes facilius peragere possit. *L. I. & II. C. ubi de ratiocin.* Hujus vero privilegii eam vim esse autumo, ut omni pupillo ademta sit electio, velitne tutorem in hoc, an in domicilii foro convenire. Quamvis enim forum administrationis cum foro contractus coincidat, & sic, cum actor alias inter forum contractus & domicilii electionem habeat, idem juris hic esse videatur, clara tamen & perspicua adest diversitatis ratio in allegata lege approbata. Nec alibi, quam ubi quis administravit, rationes facile reddi possunt, nisi cum maximo incommodo & sumtu. Eaque unica causa est, cur leges peculiare gestæ administrationis forum constituerunt. Consentit CARPZ. *Lib. II. Resp. XXXIII.* LEYSER *Specim. LXXIII. med VIII.*

c) PLERUMQUE judex Commissarium denominare solet ex officio, qui in rationes gestæ administrationis inquirat MEVIUS *P. II. Decis. CXXIII* & probationem datorum & acceptorum exigat, omniaque secundum inventarium examinet. Eumque in finem illi, cui rationes redduntur, permittitur, ut monita exhibere possit, quibus, si tutor satisfaciat, rationes habentur pro justificatis. Non tamen plena ubique probatio desideratur, sed sufficit demonstratio, per apochas *durch Belege oder Quittungen*, sigillatim certis signis distinctas, expedienda. Imo in levioribus tutoris juramento statur. Rationibus deinde justificatis tutor per apocham publicam securus præstatur, ac plene liberatur, ita quidam, ut rationes non nisi ob errorem calculi retractandæ sint, *L unic. C. de error. calculi.* nec sola renunciatio hujus exceptionis quicquam operatur. Tutori igitur, quo cum effectu liberetur, ut transactionem super errore calculi ineat, suadet BERGER. *Oecon. Jur. p. m.* 154. Acquitate tamen hanc sententiam temperandam, & de eo solum casu accipiendam esse, alii censent, quando de errore tempore transactionis aliqua ratione constitit: Transactione enim de iis, quæ tempore apochæ latebant, celebrata non obstante, rationes retractari posse autumant. Argumenta hujus opinionis haud spernenda vide in Responso juris, quod exhibet LEYSER. *Specim. CCCXXXIX. med. V.* Plane, si tutor rationes in folle solum reddidit, nil obstat, ne tutor, non obstante liberatione, denuo ad earum redditionem adigatur *L XXVIII. in fin. de condit. & demonstr.* MEVIUS *P. VIII. Decis. XXI.*

d) VERUM hodie hujus actionis vel ideo nullum usum esse existimo, quia nostris moribus haud convenit, ut ex delicto læsus pœnam lucretur, sed omnia delicta magis publica atque ideo publica pœna expianda sint. Quapropter pupillus, quod ipsi deest, actione tutelæ consequi studeat, reatum judex vi officii puniat eodem modo, quo alias reliquorum administratorum privatorum perfidia coerceri solet. Verbo, furtum committit tutor, qui res pupilli aufert, nec ideo a pœna furti se liberabit.

e) QUAE ad id comparata est, ut tutor, qui administrationis & tutelæ nomine aliquid in

venit pupillum, ut impensas restituat, eum liberet a fidejussionibus, & res ipsius ab onere pignoris, & alia damna resarciat. *tot. tit. ff. de contr. tut. & util. act.* Potest etiam hac actione tutor, qui simul est advocatus, vel artifex; pro præstita opera salarium petere FRANCISCUS MÜNNOZ DE ESCOBAR *de ratiocin. c. 27. n. 54.* BERLICH. *Dec. 121. & 130.*

IV. ACTIO tutelæ utilis [f] directa competit minori contra curatorem, ut rationem reddat, & damna resarciat, & res juxta inventarium restituat. *l. 20. §. 1. ff. de tutel. & rat. distr. & utili curat. caus. action.* Datur quoque, constante cura, actio utilis negotiorum gestorum *l. 7. C. arbit. tut. l. 17. C. de negot. gest.* quæ etiam instituenda contra curatorem furiosi. *l. 4. §. 3. ff. de tut. & rat. distrab.* Datur etiam contra curatorem actio utilis de rationibus distrahendis. *l. 3. C. arbitr. tut.*

V. VICISSIM vero curatoribus contra minores, ut impensas restituant, & alia resarciant, datur utilis tutelæ actio contraria. *d. t. ff. de contr. tut. & util. act.*

VI. ULTIMO datur actio subsidiaria, excussis scil. tutorum, fidejussorum, ac eorum heredum facultatibus, in Magistratus [g], qui non diligenter pupillis, minoribusve prospexerunt, ut damnum, ob illam negligentiam pupillo vel minori obveniens, resarciant. *tot. tit. D. & C. de Magistr. conven.*

favorem & utilitatem pupilli de suo erogavit, vel ejus intuitu sese obligavit, indemnis præstetur. Non itaque hæc actio tutelæ administrationem egreditur, nec illi ea insunt, quæ pupillus tutori ex alia causa debet. Sigillatim impensæ, si quas fecit tutor, ut bona fide factæ & in rem pupilli versæ sint, necesse est. *L. I. pr. L. III. D. de contrar. tutel. action.* utut eventum adversum habuerit, quod gestum est *L. III. §. VII. Eod.* dummodo illas fecerit in negotio, cui pupilli pater alias operam locare consuevit. Factæ enim in rem, quæ aleam continet, ut & inutiles non repetuntur. *d. L. III. Eod. L. VI. C. de admin. tutor.*

f) QUAE in omnibus cum actione tutelæ coincidit, hoc solo excepto, quod durante etiam administratione institui possit a minore, si forsan in una specie curator perfide administravit *L. XVI. §. I. D. de tutel. & ration. distrab.* & institui debeat, quamvis alio nomine, nempe negotiorum gestorum, substituto, contra curatorem furiosi, quem proprie actione tutelæ ideo non teneri existimabant Romani, quia certus huic curæ terminus haud esset præstitutus *L. IV. § III. J. Eod.* ibique GOTHOFREDUS. Sed ut in effectu inter actionem negotiorum gestorum & tutelæ nil interest, quod docui in *Programmate supra allegato*, ita & hodie, cum rationes curator æque ac tutor quotannis reddere debeat, durante administratione actionem tutelæ utilem institui posse, dubio caret.

g) ATQUE hæc actio non tam ex quasi contractu, ceu erronee putat GOTHOFREDUS *ad L. IX. §. fin. de magistrat. conven.* sed ex quasi delicto oritur, siquidem magistratus non ex consensu, sed ex culpa tenetur, quando in officio negligenter est versatus, & vel plane tutorem non dedit, vel dedit quidem, sed inidoneum, qui jam tempore, quo constituebatur, non erat solvendo. Alias enim, si magistratus idoneitatem tempore constitutionis docere possit, casus postea superveniens ipsi non imputabitur *L. I. §. XI. & XIII. D. de magistratib. conveniend.* Ubique vero magistratui competit beneficium excussionis, ita quidem, ut si neque tutor gerens, neque ejus heres aut fidejussor, aut commendator, neque demum tutor honorarius solvendo sit, in subsidium conveniri possit. Cumque in ipsa æquitate naturali hæc actio fundamentum habeat, non opus est, ut de ejus usu Practico dubitemus. Hoc unicum enim, quod exempla actionis feliciter peractæ rara sint, haud sufficit, ut usum ipsum negemus, quod tamen fecisse THOMASIUM in *Not. ad tit. J. de Satisd. tutor. & tit. D. de magistr. conveniend.* constat. Memini enim, per breve tempus, quo Collegiis Juridicis assedi, plus trina vice contra magistratus in officio negligentes actionem fuisse institutam, & feliciter peractam. Cæterum tam late patet actionis fundamentum, ut dubium non sit, quin ad omnes casus, ubi negligentia magistratus concurrit, applicari possit.

# TITULUS XXVIII. DE ALIIS CURATORIBUS.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Aliquando de absentibus, etiam majoribus, datur curator; aliquando vero proximis heredibus administratio conceditur; ac lite oriente is, qui mortem vel vitam absentis allegat, probare debet.* II. *Similiter & curator bonorum constituitur, qui creditoribus respondeat.* L. 41 ff. t. 7. de curat. bonis dando. III. *Jure Saxon. feminis curatores ad litem constituuntur.* IV. *Qui necessarii sunt in judicio, extra judicium vero non nisi uxores iis opus habent; jure tamen Saxonico indistincte feminae.* V. *Confirmatur curator, qui petitur. Curatorium conficitur.*

I. NOTANDUM hic venit, quod etiam peregre absentibus aliquando curator detur [h], qui v. g. hereditatem obvenientem administrare debet & ab isto illa praestanda veniunt, quae a curatore minorum. Si vero quis diu absit, administratio illis permittitur sub cautione, qui proximi ejus essent post mortem heredes. Porro si lis oriatur, quis sit proximus heres futurus, is, qui in morte absentis se fundat, eam probare debet [i]: si autem vitam absentis quis allegat, iste hanc probare debet.

*h*) EAQUE cura vel personalis vel realis est, & cum administratione conjuncta. Personalis tum praesertim locum habet, quando contra absentem, qui procuratorem non reliquit, aliquid statuendum, vel negotium aliquod subito existens, quod absentis simul consensum requirit, expediendum sit. Eo itaque tendit, ut absens defendatur, nec quicquam detrimenti capiat, utque judicium contra absentem institutum firmum & stabile sit. Sed ejusmodi curator vices, solum procuratoris vel magis defensoris sustinet. Realis e contrario cum administratione rerum absentis & jure percipiendi fructus est conjuncta. Ille vero, qui hanc curam subit, easdem obligationes recipit, quae aliis Curatoribus imponuntur. In utroque casu ad judicis officium spectat, ut absenti prospiciat de curatore. Quare omnis curator absenti constituendus confirmatione magistratus indiget. FABER. *in Codice Lib. V. Tit. XL. def. I. n. 7.* Illi tamen, qui sanguine absenti sunt juncti, extraneo, si velint, praeferuntur, eamque excludunt, maxime, si cura administrationem bonorum absentis simul involvat. Praecise autem hic ad proximitatem gradus respicitur, cum fundamentum hujus curae sit spes succedendi ab intestato, & sic habilitas administrandi haud desideretur, sed mulier, infans, quique alias infirmi judicii est, recte admittatur, siquidem iste defectus per tutores & curatores suppleri potest CARPZ. *P. III. Constit. XV. def. XLVII. n. IV.* Cumque haec cura unice in favorem eorum, qui successionem sperant, sit introducta, ne ista spes imminuatur, vel mala extranei administratione intervertatur, eademque cura ideo in praematura occupatione successionis, quae ex praesumta absentis voluntate sustinetur, consistat; proximis certe ab intestato successoribus, in pari gradu constitutis, aequale jus administrandi assignandum esse, non dubito, atque ideo eorum opinioni, qui curatorem semel solitarie constitutum supervenientes consanguineos paris gradus excludere putant, vid. WERNHER. *P. II. Obs. CCCLVI.* accedere nequeo, cum praeterea legibus conveniat, ut heres hereditatem diu possessam cum alio herede superveniente dividat *L. VII. famil. ercifcund.* LEYSER. *Spec. XCVII. med. VI.* Effectus curae est, quod curator administrare debeat, jusque habeat fructus ex bonis absentis percipiendi, & quidem irrevocabiliter, quando absens non revertitur, & curatori hereditas re ipsa defertur. Sin secus, ad exemplum aliorum curatorum de administratione respondere, rationesque tum absenti, tum illi, qui secundum proximitatem gradus in ipsa cura succedit, reddere debet. Ejusque rei intuitu, ut ejusmodi curator satisdationem praestet, necesse est. Ceterum ex eodem fundamento, quod curator jus habeat percipiendi fructus, id etiam consequitur, absente vasallo curam magis allodialibus, quam feudalibus successoribus esse deferendam. Fructus enim feudales heredibus allodialibus deberi, nemo negat BERGER. *Oec. Jur. p. m. 178. & Resolut. Lauterbach. tit. de hered. petit.*

*i*) EAQUE, si absens annum aetatis se-

II. SIMILITER si forte absit vel mortuus sit debitor, nec ei heres existat, vel quis bonis cesserit, curator bonorum constituitur [k], qui creditoribus respondeat, & bona debitoris custodiat, administret, vendet etiam, & ex pretio redacto creditoribus solvat. *tot. tit. ff. de curat. bon. dand.* Constituitur hic a judice legitimo, citatis illis, quorum interest. GAIL. I. *O.* 130. *n.* 3. Debet igitur & hic bona fideliter administrare, inventarium conficere, & administrationis rationes reddere. vid. SCHROEER *von Vormundschafften*.

III. PRAETEREA jur. Saxon. fœminis, etiam majoribus, dantur curatores ad litem, a Magistratu competente, vel ratione domicilii, vel ratione bonorum, vel ratione loci, ubi negotium geritur. DECIS. ELECT. *noviss.* 59. Hi vero bona fœminarum non administrant, sed tantum consilio suo ipsis assistunt [l].

IV. ET quidem in judicio omnino opus habent curatore ad litem: in negotiis vero extrajudicialibus, jure quidem communi Saxonico distinguitur inter virgines, vel viduas, & uxores. Illæ, quæ scilicet maritum non habent, etiam absque curatore omnia valide agunt; hæ vero, nimirum uxores, opus habent curatore, & possunt etiam mariti

ptuagesimum attigit, præsumitur, nec probatione indiget. CARPZOV. *P. III. Const. XV. def. LVII.* Quare nec opus erit, ut ad probationem, absentem vivere, quis admittatur, si terminum istum nondum supervixit. Mortem itaque probare debet, qui absentem septuaginta annis minorem e vivis jam exiisse, asserit, vitam, qui absentem septuaginta annis majorem adhuc superstitem esse contendit. Facilius vero his in casibus mors absentis, quam ejus vitæ probatur. Utut enim & hic regula sit observanda, duos testes, eosque juratos plenam probationem efficere, sufficit tamen, si duo testes adsint, eos testimonium exhibere, quod absentem mori, etsi non mortuum viderint, MASCARDUS *de probat. Vol. II. Concl.* 1075. CARZ. *P. I. Const. XVI. def. XXXVII.* quod pompam funebrem viderint, qua absens efferri publice dicebatur STRYCK. *de jure sens. Diss. I. cap. IV. n.* 17. Unus vero testis etiam plenam probationem tum efficit, quando aliæ conjecturæ accedunt, & v. c. is, qui mortuus dicitur, in mari, acie, vel loco pestilentia infecto versatus est. vid. HORNIUM *de probatione plena per unum testem.*

*k*) DUPLEX hujus curatoris Auctor noster asserit esse officium, alterum, ut creditoribus respondeat, & in veritatem nominum inquirat, alterum, ut interim, donec de veritate nominum constet, in communem creditorum utilitatem bona administret. Verum, quam maxime diversa esse hæc officia, nemo non videt. Illud peritiam juris, hoc prudentiam œconomicam præsupponit. Ibi procuratoris, hic curatoris officium peragitur. Cumque non semper utraque qualitas in unam personam cadat, ut utrumque officium dividatur, omnino necesse est. Fieri hoc solet in Saxonia, & primum peculiari personæ, quæ curator litis, vel contradictor dici consuevit, defertur. Et quamvis in foro communi hoc regulariter usu haud servetur, & utrumque officium plerumque conjungatur, ipsa tamen distinctio usum habet in quæstione, utrum creditor possit esse curator? Quod quidem affirmari potest, quando administrationem in se recipere, & curatoris bonorum vices sustinere vult *L. II. §. IV. de curat. bon. dand.* officium vero curatoris litis vel ideo ipsi committi nequit, quia in una persona hæc duo contraria stare non possunt, nomen aliquod in concursu creditorum exigere, & contra idem nomen excipere BERGER. *Oecon. Jur. p. m.* 179.

*l*) ET sic curator fœminarum, quatenus sexui solum constituitur, nudus est consiliarius, qui suadet proficua, dissuadet noxia in negotiis, ubi fœminis singulare præjudicium incurrere possunt. Ut igitur curatore plane non indigent in negotiis œconomicis, ad mercaturam spectantibus, si ipsæ mercatrices sint, item in actibus ultimæ voluntatis, nisi, quod his nonnunquam ex jure speciali etiam accedere debeat curator. vide MEVIUM *ad Jus Lubecens. L. I. Tit. VII. art. IV. n.* 4. STRYCK. *Diss. de jurib. singular. fœmin. Hamburg.* ita & in reliquis negotiis suis dissensum curatoris facile vilipendent. In eam itaque me facile trahi patior opinionem, consensum curatorum non nisi dicis gratia & solennitatis cau-

in negotiis, ipsos non concernentibus, curatores suis uxoribus constitui [m]; alias alius dandus est curator. Secundum jus autem Electorale Saxon. indistincte fœminæ curatore opus habent [n]. vid. CONSTIT. ELECT. 15. p.2. & DECIS. ELECT. noviss. 24.

V. ILLE constituitur, seu confirmatur curator, quem fœmina petit, & qui hanc curam sponte in se suscipit. Confirmatio hoc modo fit, ut Magistratui constituenti promittat, quod velit fœminæ fideliter assistere, ejusque commodum observare; super qua confirmatione curatorium, uti vocant, literis concipitur, & sigillo judiciali obsignatur.

sa ad negotia fœminarum accedere, omnemque istam necessitatem in odium magis, quam favorem fœminarum, esse introductam, & expedire plane, ut penitus abrogetur. Idem sentit BERGER. *Elect. Discept. Forens. Tit. VIII obs. I.* LEYSER. *Spec. CCCXXVIII. med. XXII. Spec. CCCL. med. II.* Imo jam olim ordines Provinciales Saxon. Elect. consilium de ejus abrogatione iniisse idem BERGERUS *d. l.* testatur.

*m*) QUANDO de negotiis uxoris, quæ bona receptitia respiciunt, sermo est. Ratione bonorum dotalium & paraphernalium constitutione non indigent, cum eorum domini, horum legitimi administratores jam sint de jure. Imo ne receptitiorum quidem intuitu maritus curator erit constituendus, nisi ubi id expressa lege introductum, cum ex jure maritali jam jus ipsi competat uxorem defendendi, *die eheliche Vormundschafft*. JUS PROVINC. SAXON. *L. I. art. XIV.* In posterioris vero generis bonis cura maritalis neutiquam ita radicata est, quin uxor alium sibi eligere possit curatorem. Et hoc constituto mariti consensus non sufficit, nisi curam in extraneum collatam revocet mulier, & in maritum eam legitimo modo devolvat, interveniente nova constitutione a magistratu peragenda.

*n*) VERUM non opus habent I) in actibus ultimæ voluntatis II) fœminæ solutæ in dispositione de rebus mobilibus III) fœminæ maritatæ in bonis receptitiis, vid. *d. Const. Elect. XV. P. II.* & peculiaria, quæ hoc argumentum explicant, Electoralia rescripta in *Introduct. nostra ad Jus Saxon. P. I. Exerc. III. §. XII. sqq.*

LIBER

# LIBER II

## DE JURE RERUM IN GENERE ET IN SPECIE

## DE JURE IN RE SEU DOMINIO LATE DICTO.

### TITULUS I.

### DE RERUM DIVISIONE ET ACQUISITIONE.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Quædam res sunt extra patrimonium singulorum*, L. 1. ff. t. 8. de divis. rer. & qual. II. *Nimirum: communes.* III. *Quid hodie in mari obtineat.* IV. *Publicæ.* V. *A quibus differt patrimonium Principis.* VI. *Quo pertinent hodie flumina.* VII. *Res universitatis.* VIII. *Ab his itidem discernenda bona, quæ sunt in patrimonio civitatis.* IX. *Et res nullius scil.* 1. *sacræ.* X. *Ab his discernendæ Res Ecclesiasticæ.* XI. 2. *Religiosæ.* XII. 3. *Sanctæ.* XIII. *Circa res, quæ in patrimonio sunt, competit vel jus in re, vel ad rem.* XIV. *Juris in re descriptio & species.* XV. *Dominii descripsio.* XVI. *Divisio.* XVII. *Circa dominium tria sunt consideranda.* XVIII. *Modi acquirendi* L. 41. ff. t. 1. de acquir. rer. dom. XIX. *Naturales.* XX. *Occupatio.* XXI. *Cujus species sunt* 1.) *Venatio.* XXII *Ferarum, hodie pertinet ad Principes.* XXIII. *Venationis hodierna divisio.* XXIV. *Avium, hodiernus usus.* XXV. *Piscium.* XXVI. *Apum etiam est fera natura nec non.* XXVII. *Pavonum & columbarum, hodiernus usus.* XXVIII. 2.) *Occupatio bellica.* XXIX. *Jus postliminii* L. 49 ff. t. 15. de capt. & de postlim. & redemt. ab host. XXX. 3.) *Inventio. Hodiernus usus.* XXXI. *Accessio.* XXXII. *Naturalis* 1. *per fœturam.* XXXIII. 2. *Alluvionem.* XXXIV. *Quo pertinet etiam coalitio.* XXXV. *Ac insula nata; hodiernus usus.* XXXVI *Non si agrum circumfluat aqua.* XXXVII. *Denique* 3. *alveum derelictum Hodiernus usus.* XXXVIII. *Non si ager inundatus.* XXXIX. *Artificialis accessio.* XL. *Nimirum* 1. *Specificatio.* XLI. *Quid si ex sua materia & aliena quis speciem fecerit.* XLII. *Priori materiæ domino competunt actiones tum contra m. f. tum contra b. f. specificantem. Aliquando retentio datur.* XLIII. 2. *Adjunctio.* XLIV. *Alia ratio est confusionis.* XLV. *Nec non commixtionis.* XLVI. *Adjunctionis species sunt ferruminatio & adplumbatura.* XLVII. 3. *Inædificatio.* XLVIII. *Unde, ex aliena materia in suo solo ædificans, est dominus ædificii: Competunt tamen domino materiæ actiones.* L. 47. ff. t. 3. de tigno juncto. XLIX. *Inædificatum vero alieno solo huic cedit: Competunt tamen itidem alteri actiones.* L. 4 *Plantatio.* LI. 5. *Satio.* LII. 6. *Scriptura.* LIII. 7. *Pictura.* LIV. *Præterea b. f. fundum alienum colenti cedunt fructus, non m. f. possessori.* LV. *Usufructuarius etiam acquirit fructus.* LVI. *Fortuita accessio.* LVII. *Ex voluntate domini in alium transfertur dominium* 1. *traditione.* LVIII. *Hujus requisita.* LIX. *Discernenda est promissio ab ipsa constitutione.* LX. *Traditio alia est propria, alia analogica.* LXI. *Modi tradendi vel veri, vel ficti.* LXII. 2. *Jactu missilium* vid. §. 58. supra. LXIII. *Alia est ratio jactus ex nave facti* LXIV. *Ut & rei casu amissæ.*

### APHORISMUS I.

RERUM appellatione cæterea omnia intelliguntur, quæ personis opponi possunt. Sunt vero res, vel in Patrimonio nostro, vel extra patrimonium nostrum habentur ᵃ. Quædam enim naturali jure communia sunt

a) CLARIOR forsan erit divisio, quando res divini juris discernis a rebus humani juris. Illæ dispositioni hominum plane erant exemtæ, atque Diis dicatæ, vocabanturque res nullius. Hæ vel erant in commercio privatorum, atque dicebantur res singulorum, vel commer-

L

omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, *pr. I. de rer. divis.*

II. NATURALI jure communia sunt omnia, quæ nullius dominio subjecta [b], & ab omnibus usurpantur; veluti aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. §. 1. *I. de rer. divis.*

III. SCIENDUM autem est de mari, quod maria particularia ad eorum territoria, & superioritatem pertineant, quorum territoria alluunt. Similiter & hodie usus maris, ejusque littorum, non ita omnino liber est, & communis, sed certo modo a supremis potestatibus restrictus. vid. SYNTAGM. NOSTR. FEUD. *c.6. th.7. n.1.2.*

IV. RES publicæ sunt, quæ ad certum populum pertinent [c]; usus vero earum omnibus patet: ut sunt flumina perennia, & potus. §. 2. *I. de rer. divis.*

cium privatorum effugiebant, quorsum pertinebant res communes, publicæ & universitatis. Posterior vero divisio rerum, quod obiter moneo, ex Philosophia Stoica iterum in sapientiam civilem transiit. Duplicem enim Stoici statuebant rem publicam, majorem alteram, totius generis humani, resque, quæ omnibus hominibus utilitatem præstabant, communes appellabant, alteram minorem, & cuilibet genti propriam, & sigillatim res, quæ usibus Reipublicæ cujuslibet inserviebant, publicas nominabant. Cumque demum qualibet Respublica in variis universitates & collegia, tanquam Respublicas minimas, abiret, quæ denuo res peculiares sibi haberent suis usibus applicandas, tertia inde species rerum, nempe universitatis, enata est. Ita rem præclare explicat NOODTIUS *Probabil. Lib. I. cap. VIII.*

*b*) VEL potius, quas gens humana nunquam inter se dividit, quæque ideo manserunt in communione negativa, ita quidem, ut ratione usus ad omnes homines spectent, neuter vero earum dominium habeat. Causa vero hujus communionis perpetuo duraturæ procul dubio hæc fuit, quod res ipsæ communes usu nunquam exhaurirentur. Hodie vero, Principes nostri res istas communes duplici ratione considerare, atque usum earum, quatenus exhauriri nequit, omnibus & singulis relinquere, quatenus vero exhausti usus sunt, sibi vindicare solent. Utantur igitur subditi aëre ad respirandum, utantur littore maris ad ambulandum. Caveant vero, ne aves nobiliores trajiciant, caveant, ne succinum colligant, ne gemmas suas faciant. Præterea, quamvis res communes in se spectatæ dominii sint impatientes, per consequentiam tamen, quatenus custodiri possunt, facultasque competit alium impediendi, ne istis rebus eodem modo utatur, dominii certa ratione sunt capaces. Inde maria, ut Autor recte monet, quatenus particularia sunt, & territoriis Rerumpublicarum vicina, dominium, experientia teste, admittunt, taleque dominium Veneti ipso facto exercent, aliæ gentes conservant, dum detractionem veli majoris signum dominii agniti exigunt. vid. CONRING. *de dominio maris*, add. GROTIUM *de mari libero*. SELDENUM *de mari clauso*. BYNCKERSHOECKIUM *de dominio maris*. Eodem modo aër respectu certi fundi in dominio privatorum esse potest, alterque impediri, ne ædificium projiciat. Imo & Jure Saxonico, si rami arborum ex vicini horto in nostrum propendentes liberiorem aërem intercipiant, eos abscindere licet. THOMASIUS *ad Strauch Diss. VI. §. II.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXVI.*

*c*) MAGIS perspicue dixeris, res publicas olim fuisse, quæ in communione positiva totius Reipublicæ minoris erant, id est, pluribus ita competebant, ut omnes idem jus, sive condominium, haberent. Verum, mutato Rerumpublicarum statu, & rerum, quæ ad populum pertinebant, natura mutata est, Principesque sibi easdem cum ratione proprietatis, tum ratione usus sub nomine regalium vindicant, privatoque earum rerum usum citra concessionem haud concedunt. In Saxonia tamen flumina eatenus adhuc privati usus censentur, ut molendina ibi extruere liceat, quod late ostendi in *Introd. ad Jus Saxon. P. II. Exerc. VIII. §. I. & II.* Ne vero quid dissimulem, Principibus non semper idem jus in rebus istis competit, quæ olim publici juris erant, Uti enim jam apud Romanos, qui tempore Reipublicæ liberæ unum habebant ærarium, in quod omnes colligerent reditus ex rebus ad populum spectantibus, distinctio inter ærarium, & fiscum, qui reditus Principis usibus destinatos complectebatur, exoleverit, vid. *Commentar. ad Const.*

V. Distinguenda vero ſunt a publicis rebus, quæ ſunt in patrimonio fiſci, & quæ ſpectant ad ſuperiores ſeu Principes, & quarum uſus ad conſervationem ſtatus Principis adhibetur: & dici ſolent germanice *Kammer-Güther*.

VI. Hujusmodi conditionis ſunt & hodie flumina, quæ ad ſuperioritatem territorialem pertinent, & Regalibus annumerantur: adeoque fluminum uſus non amplius omnino liber & publicus, ſed certo modo reſtrictus eſt. *dict. cap.6. th.7. n.6.*

VII. Res univerſitatis ſunt[d], quarum dominium eſt penes univerſitatem, & uſus civium communis: ut ſunt theatra, forum, paſcua communis &c.

VIII. Ab his diſcernenda ſunt bona, quæ ita in patrimonio civitatis aliusve univerſitatis ſunt, ut ex eorum reditibus expenſæ neceſſariæ, ad communem civitatis utilitatem fiant.

IX. Res nullius[e] ſunt res ſacræ, religioſæ & ſanctæ. Res ſacræ ſunt, quæ publica autoritate DEO conſecratæ[f] ſunt, ut ſunt ædes ſacræ, altaria, calices, aliæ-

*omiſſ. Manip. II. Obſ. I.* ea tamen ſemper etiam noſtris moribus manſit inter utriusque generis reditus differentia, quod ærariom contributiones & vectigalia contineat in communem Reipublicæ utilitatem impendenda, fiſcus vero ex emolumentis quibusdam accidentalibus conſiſtat, principi, qua tali, ob ſummum imperium aſſignata, quo dignitatem & ſplendorem tueri poſſit, illeque ideo ærariom adminiſtret, fiſcum proprio jure, quæ Princeps habeet, a patrimonio ipſius Principis, *Chatoul Geldern*, ideo diſtinguendum, quia hoc ipſi, qua privato, competit. Demum certa bona Principi etiam ad ſuſtentationem ſui, familiæque principalis, aſſignata ſunt, quæ domania, *Cammer-oder Tafel-Güter*, vocantur, atque in his reſpublica dominium retinet, Princeps vero uſusfructus ſolum ſit particeps. Qoapropter nec horum alienatio ſubſiſtit, niſi conſenſu Statuum ſit monita, cum alias Reſpublica onere afficeretur, alia bona iterum ſubſtituendi *c. XXXIII. X. de jurejur.* Imo nec præſcriptione dominium ejusmodi bonorum acquiri poſſe, ex ipſa eorum indole ſponte fluit, quamvis negare nolo, pro eo, qui poſſeſſionem immemorialem allegare & docere poteſt, militare præſumtionem, quod eam legitime acquiſiverit. Sed de hoc argumento alibi plura.

*d)* Vel clarius, quæ in communione poſitiva cujusdam civitatis vel collegii ſunt, ita quidem, ut omnia univerſitatis membra condominium & æquale jus fructus inde percipiendi habeant. Interim per ſe patet, nemini jus eſſe, re univerſitatis aliter utendi, quam quatenus conſenſu omnium uſus determinatus eſt. Verſatur enim hac in re jus ſingulorum, & in re communi ſemper melior eſt ratio prohibentis. Wernher. *P. VII. obſ. LXX.*

*e)* Cujus denominationis ratio inde deſumta eſt, quia hæ res divini juris, Diis apud Romanos addictæ, ea vero ratione commercio hominum exemtæ erant. Fiebat iſta exemtio ſolemni ritu, niſi quod res religioſa per mortui illationem ipſo jure conſtitueretur privata auctoritate. Sigillatim res religioſæ Diis inferis cedebant, & Manibus, cum e contrario res ſacræ Diis ſuperis, res ſanctæ Diis medioxumis ſive Heroibus dedicarentur. Hodie Pontificii conſecrationis ritum ſigillatim in rebus ſacris adhuc conſervant, eumque, ut commercio privatorum ipſa res cultui divino deſtinata eximatur, neceſſarium putant. Proteſtantes vero in tali ſenſo, ut Romani & Pontificii, res nullius non habent, ſed res ſacræ ſunt in patrimonio Eccleſiæ, ſalva interim diſpoſitione ejus, cui jus circa ſacra competit. Sanctitas rerum unice a Principis voluntate dependet, eaque ex ſanctione, ſive pœnali conſtitutione, qoam violatoribus lex minatur, dijudicari ſolet. Religioſæ demom res diſpoſitieni univerſitatis, vel, quatenus ſepulturam ſibi quis in templo aut ejus acceſſorio eligit, diſpoſitioni Eccleſiæ ſubſunt.

*f)* Verum cum apud Proteſtantes conſecratio ad conſtitutionem rei ſacræ vix neceſſaria, ſed, ſi quæ forſan accedit, pia magis ceremonia ſit, ipſa qualitas rebus ſacris conciliatur per deſtinationem & uſum. Quæ duo ſi ſimul concurrunt (concurrere autem debent neceſſario Lynck. *de jure templor. c. VI.* Stryck. *uſ. Modern. Pandect. tit. de Rer. Diviſ §. IV.*) publica auctoritate non eſt opus, quando res mo-

que res[f], divino cultui, divinisque usibus, immediate dicatæ. §. 8. *I. de rer. div. l. 6. §. 3. ff. eod.*

X. AB hisce rebus Sacris discernendæ veniunt res Ecclesiasticæ[b], Monasterii, Academiæ, similisque collegii: neque enim hæ res immediate ad cultum divinum sunt

bilis est. Sin immobilis, Princeps vel ideo consentire debet, ne Respublica ratione onerum, quæ rei privatæ olim inhærebant, quicquam per exemtionem capiat detrimenti. Hæc vero cum ita sint, facile patet, cessante usu, cessare etiam rem sacram. Quod apud Romanos, quos fere sequuntur Pontificii, secus erat. Per consecrationem enim ita locum occupasse credebatur religio, ut nunquam iterum in dominio privati esse posset ipsa res, etiamsi ædes essent dirutæ aut vetustate collapsæ *L. VI. D de rer. divis. L. LXXIII. D de contrahend. emtion.* Ut itaque Dii, qui præsentia sua locum implebant, nec sponte facile abibant, solemni ritu iterum evocarentur, fieretque exauguratio, necesse erat *L. IX. D. de Rer. Divis.* BEYER. *Diss. de ritu evocandi sacra.*

*g*) AN etiam subsellia Ecclesiastica? Hoc recte affirmari puto. Non enim solum pars sunt templi & accessorium, sed etiam ad cultum divinum habentur. Atque sic regulariter erunt extra commercium privatorum. Verum hæc tamen inter subsellia Ecclesiastica & reliquas res sacras notabilis intercedit differentia, quod usibus privatorum inserviant, salvo cæteroquin dominio & jure exigendi in recognitionem domini certum canonem Ecclesiæ competente. Utut itaque privati de subselliis istis in præjudicium Ecclesiæ libere disponere nequeant, usum tamen eorundem aliis concedi posse, non est, cur negemus, cum neque regulariter concessio usus rei, quam alieno beneficio possidemus extra commercium sit, neque etiam Ecclesia ex ista concessione damnum habeat, siquidem jus exigendi canonem mutato possessore illi salvum manet. Confer. MEVIUM *ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. X. art. VI. n. 75.* SCHILTER *Exerc. IV. §. VII.* LEYSER. *Spec. XXII. med. IV.* Quia vero usus iste subselliorum parochianis concessus ad jura personalia pertinet, & secundum mores Germaniæ cum persona expirat, concessionem istam, valde dubito, valere posse in præjudicium eorum, ad quos subselliorum usus devolvitur, sed contractum istum cum jure dantis resolvi existimo. Habent enim proximi possessoris prioris cognati jus aliquod Protimiseos legale, & quæsitum, MEVIUS *P. V. Decis. CCCCVIII.* quod ipsis interverti nequit. Eademque ratione Ecclesiæ etiam, cui jus est, deficientibus proximis cognatis subsellia vacantia occupandi, ista dispositio præjudicare neutiquam poterit, nisi forsan in translationem usus expresse consenserit, jurique suo renunciaverit. add. quæ de subselliis dixi *in Introd. ad Jus Sax. P. II. Ex III. §. LXI.*

*b*) PRIMAM differentiam desumunt ab usu, cum res sacræ immediate, res Ecclesiasticæ mediate cultui divino inserviant. Alteram a constitutione, siquidem res sacræ consecratione, res Ecclesiasticæ destinatione fiant. Tertiam a facultate alienandi, dum res sacras non nisi ob necessitatem & pietatem, adhibitisque multis solemnibus, res Ecclesiasticas vero etiam ob utilitatem alienari posse putant. Verum enim vero, quamvis prima tolerari possit, cum eo solum spectet, ne notiones confundamus; altera tamen & tertia principiis Protestantium vix convenit. Neque enim consecratio apud nos in usu est, neque, si adhibetur, characterem quendam indelibilem imprimit. Sed, ut in cujuslibet privati arbitrio est, dominio rerum suarum mobilium sese abdicare, hasque in Ecclesiam transferre, insimulque, cui usui res ipsas adhiberi velit, determinare; ita, quando de rebus immobilibus sermo est, sive istæ mediate, sive immediate ad divinum cultum destinatæ sint, Principis consensu opus est, ut priorem qualitatem amittant. Interest enim Reipublicæ, ne res privatorum oneribus publicis subtrahantur, quod tamen per earum translationem in Ecclesiam fieri, palam est, eum, uti dicunt, veniant in manum mortuam. Quare jam olim Principes operam dederunt, ut nimiam licentiam privatorum res suas Ecclesiis dedicantium cohiberent, atque Reipublicæ detrimentum averterent, cujus generis constitutiones allegavit SCHILTER. *Instit. Jur. Canon. Lib. II. Tit. VI. §. VI.* Ipsum vero actum illum, quo res privatorum, interveniente publica auctoritate, ad usum Ecclesiæ destinantur, amortizationem vocamus, de qua vid. PETRI PECKII *pecul. tract.* Alienationem deinde harum rerum, quæ in manum mortuam venerunt, quod attinet, facile patet, peculiarem inter res sacras & bona Ecclesiastica haud esse constituendam differentiam. Utraque enim

dicatæ, sed diversis Ecclesiarum, aliorumve piorum locorum & personarum, ad ea pertinentium usibus inserviunt. vid. *l. 22. pr. C. de SS. Eccles. auth. præterea. eod. tot. tit. X. de reb. Eccles. alien. vel non.*

XI. Res religiosæ apud Romanos appellatæ sunt, ubi quis mortuum intulit [l]. *§. 9. I. de rer. divis. l. 6. §. 4. ff. eod. l. 42. ff. de religios.* Moribus autem locorum ubique invaluit, ut locis publicis, a magistratu ad sepeliendum mortuos destinatis, cœmeteriis nimirum, & ipsis etiam Ecclesiis, ad sepulturam dicatis, utamur [m]. vid. Carpz. *l. 1.*

species est in dominio Ecclesiæ, eaque cum jure minorum fruatur; eadem ratione de rebus suis disponere poterit, qua minores res suas alienare. Causa igitur sufficiens alienationis adsit, eaque cognoscatur, decretomque accedat, necesse est. Plura vix desiderantur. Imo ad exemplum rerum pupillarium, quarum alienatio, si Principis rescriptum accesserit, absque decreto valida est, valebit etiam alienatio rerum Ecclesiæ Principis consensu munita. Brunnemann. *Jur. Eccl. Lib. II. cap. I.* Recte igitur Carpzovius *Lib. V. Resp. LII. n. 30. seq.* judicat, Principis consensum eundem in ejusmodi alienationibus habere effectum, quem aliis solemnitatibus superfluis tribuere solent Pontificii. Eadem ratione pro validitate alienationis, cui solennitates juris Canonici decrant, pronunciarunt JCti Wittenbergenses apud Wernher *P. IX. observat. CLVI.* add. Leys. *Spec. XXIV. med. I* Böhm. *Jur. Eccles. Protest. Lib. III. Tit. XIII §. XXXIX. in fin.* Cæterum ut moris est, adhibere actum amortizationis, quando res privati immobilis in Ecclesiam transfertur, ita & invaluit consuetudo, ut actus secularisationis accedat, quando rei immobilis Ecclesiæ dominium ad Laicum iterum transit in usum secularem. Conf. Rhetium *de secularisatione.* Quod reliquum est, hoc etiam in alienatione rerum sacrarum usibus profanis destinandarum consilii capiendum esse existimo, ut forma earum prius mutetur, ne superstitiosus forsan vel nequam homo re ista abutatur.

*l*) Fiebat autem locus religiosus privata auctoritate *§. IX. J. de rer. divis.* Solaque mortui illatio locum ipso jure faciebat religiosum. Unde quidem per se patet, jus inferendi eum habere debuisse, qui cadaver sepeliebat, nec ideo locum alienum invito domino fieri potuisse religiosum. Verum tamen domino hujus loci alia, quam injuriarum actio non erat comparata; quippe quam Romani generatim concedebant, quando quis fundum alienum invito domino inferret, ibique opus aliquod faceret. Ut igitur ipse locus, quem Dii Manes, eo ipso momento, quod cadaver illatum esset, sibi vindicare credebantur, divini juris esse desineret, Pontificum auctoritate opus erat, qui corpus semel illatum sepulcro tollendi veniam concederent. *L. I. & XXXIII. D. de religios.* Præterea vero, quod locus iste, in quem quis mortuum inferre vellet, in ejus regulariter esse deberet dominio, id quoque Romani cavebant sedulo, ne sepulcra & monumenta quis sibi constitueret in urbe *L. III. D. de sepulcro violand. L. XII C. de religios.* Idque rationis esse, nemo non videt, præsertim cum civitatis intersit, ne aër exhalationibus impurior factus iis, qui vitam adhuc agunt, noceat. Peccasse igitur Christianos veteres & peccare adhuc hodie nostrates existimo, qui sepulcra non in urbe solum, sed in templis etiam tolerant, cumprimis, quia ejus generis sepulcra superstitionem progenuit, & interesse Ecclesiæ pecuniarium promovit. Conf. Thomasii *Diss. de jure Principis Evangel. circa solemnia sepulturæ.*

*m*) Hodie igitur jus privata auctoritate sibi sepulcrum constituendi plane cessat, sed peculiaris locus mortuis assignatur Stryck *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. II. §. XII. verb. extra cœmeterium.* Publica vero auctoritate Principis ad coemeterium constituendum non videtur opus, sed rem universitatis magis esse, ut certus eligatur locus, perspicue docuit Böhmer. *Jur. Eccles. Protestant.* quamvis facile concesserim, Principis consensum ad bene esse cœmeteriorum conferre. Imo hoc etiam diffiteri nolo, jus sepulturæ in templis iisque vicinis locis ad jura Ecclesiæ pertinere. Interim, loco peculiari semel constituto, ejus usus parochianis quidem non est denegandus, nec tamen parochianus præcise cogendus, ut ibi, ubi sacris interfuit, corpus suum requiescere sinat. Electionem enim sepulcri & Jus Canonicum unicuique liberum esse jubet *c. I X. de sepultur.* add. Böhmer. *Jur. Paroch. Sect. IV. cap. II.*

*Resp.* 86. *& l.* 2. *Jurispr. Consist. tit.* 24. Quamvis vero jus Canonicum ratione terræ vel loci, in quo defunctus sepelitur, quicquam exigere vetet. *c.* 13. *X. de sepult.* nisi consuetudine alicujus loci receptum sit, ut non tam aliquid exigatur, quam ex libertate sponte offeratur. *c. in Ecclesiastico.* 14. *C.* 13. *q.* 2. *c.* 42. *x. de Simonia.* Hodie tamen Ecclesiis, eorumque administratoribus permittitur, ut pro loco sepulchri aliquid exigant [n].

XII. Res sanctæ sunt, quæ ab hominum injuria sanctione quasi munitæ [o] *l.* 8. *pr. l.* 9. §. 3. *ff. de rer. divis.* ut sunt muri & portæ civitatis §. 10. *I. de rer. divis. l.* 1. *pr. ff. eod. l.* 1. *ff. ne quid. in loco sacro.* Hinc nemini impune licet muros aut portas transcendendo violare, aut inibi habitare, aut muris municipalibus quicquam conjungere, aut supponere, sine Principis permissu. *l. ult. ff. d. t. l.* 2. *& ult. ff. ne quid in loc. publ.* Hodie muros aut portas civitatum transcendentium pœna non est capitalis [p], sed pro ratione circumstantiarum arbitraria v. g. relegationis, carceris, aut pecuniaria. Berlich. *Part.* 1. *Dec.* 70.

XIII. Res, quæ in nostro patrimonio sunt, ita se habent, ut duplex de iis sit jus, nimirum jus in re, & jus ad rem [q], *l.* 11. *l.* 13. §. 1. *ff. de damn. inf. l.* 3. *l.* 25. *ff. de obl. & act.*

*n*) Nec talis solum exactio permittitur, sive quis sibi peculiarem locum in cœmeterio eligat, quem privative habeat, sive contentus sit loco, quem Ecclesia corpori assignat, sed præterea tot alii sumtus sepulturam concomitantur, ut experientia teste fere in onus degeneret, cui haud paucorum facultates impares sunt. Merito itaque optandum esset, ut Principes nostri abusui obicem ponerent, cum naturæ rei conveniat quam maxime, ut sepultura sit gratuita. Ne vero interim fundamentum exigendi desit, advocatum iis, quorum interest, ne isto in argumento quicquam mutetur, Innocentium III. Pontificem do, qui in *cap. XLII. X. de Simon.* brevem hanc cupidini habendi, compilavit defensionem: Non exigi aliquid pro exequiis, sed pro conservanda laudabili consuetudine. Eodem fundamento etiam innititur vectigal illud, quod parochis solvitur, per quorum parochiam mortuus alibi sepeliendus ducitur, *der Todten-Zoll*, de quo vid. Beyer. *Position. ad Dig. tit. de religios. n.* 31. add. Carpzov. *Diss. de transportat. defunct. per territor. alien.*

*o*) In duplici potius significatu Romanis res sanctæ veniebant. Aliæ dicebantur sanctæ ob sanctionem, qua ita munitæ erant, ut violari impune haud possent, aliæ sanctæ vocabantur ob solennes ritus, quibus Heroibus dedicabantur. Posterioris generis res sanctas nos hodie non habemus, nisi forsan huc referre velis muros civitatum, quos Pontificii peculiari tutelæ Sancti cujusdam commendarunt, quo de argumento conf. Heineccium *Theol. de Diis tutelaribus Goslariensibus.* Prioris generis res sanctæ præter muros & portas civitatum plures aliæ extant. Templa enim, Curias, Judicia, Residentiasque Principum huc referre poteris. Sigillatim Sanctitatem residentiis Principum propriam ex professo enucleavit Stryck. *Dissert. peculiar.*

*p*) Haec ipsa pœna enim, si originem ejus spectes, ex lege Romuli derivanda est, quæ arcanas suas & politicas habebat rationes, & in perniciem sigillatim Remi concepta erat, ceu Florus testatur *Lib. I. Histor. cap. I.*

*q*) Cujus distinctionis fundamentum est in *cap. XL. de Præbendis in sexto.* Jus Romanum vero istos terminos fere ignorat, & jus magis in personam a jure in rem distinguit. Differunt autem jus in re & jus ad rem, non solum ratione acquisitionis, sed etiam ratione effectus. Jus in re acquirimus vel occupatione vel traditione. Id fit in rebus, quæ nondum in alicujus dominio fuerunt, hoc, in rebus, quæ a domino in nos transferuntur. Quarundam tamen rerum intuitu, quarum traditio per rerum naturam fieri nequit, traditio facta fingitur, modo de voluntate domini constet. Idque sigillatim fit in servitutibus negativis, item in ultimis voluntatibus. Jus ad rem acquirimus per conventionem. Quatenus itaque res quædam nostra per legitimam acquisitionem jam facta est, quemlibet alium possessorem, inferiori jure possidentem per actionem realem excludere possumus. Quatenus vero res promissa solum est, & nostra

XIV. JUS in re est facultas jure competens, quæ ipsi rei inhæret, adeoque actionem, ipsam rem persequentem, producit *d. l. 25. ff. de O. & A. §. 1. I. de action.* Hinc tres sunt species [r]: dominium latius dictum; jus pignoris, & jus possessionis [s], *l. 13. §. 1. C. de judic.*

XV. DOMINIUM est jus (*h. e. facultas seu potestas legitima. §. fin. I. de usufr. l. 1. pr. ff. ad L. Falc.*) in re, quo quis de re iste potest pro arbitrio, nomine proprio, disponere [t], add. ARISTOT. 1. *Pol. 4. & Rhet. 5. verbis: proprium est, quando in ipso est alienatio: & verbis præcedentibus: ut penes ipsum sit usus eorum.*

XVI. DISTINGUITUR dominium [u] in universale, quod est hereditatis: & singulare, quod iterum aliud est rerum corporalium, aliud incorporalium seu servitutum.

adhuc fieri debet, cum promittente ex præcedente contractu agamus necesse est.

r) ALII quinque substituunt, alii unam solum juris in re speciem esse tradunt, quam varia ratione iterum subdistinguunt. Sed tricis illis non opus, verum perinde est, sive tres, sive quinque, sive unam solum admittis. In verbis enim sumus faciles, modo in re conveniamus. Qui vero minutias sectari amat, eum ad varia Hahnii, Bornii, Glæseri, Svendendörfferi aliorumque scripta ablegamus, quæ conjunctim Helmestadiian. 1664. prodierunt. Hoc mirum, exigui certe momenti hanc controversiam recruduisse inter Thomasium & Huberum. Vide sis THOMASII *Scholia & nov. additam. ad Huberi prælection. ad Inst. p. 81.*

s) HANC speciem juris in re Bornius non admittit. Sed sic, quid fieri debeat, nescio, cum *L. XLIV. D. de acquir. vel amiss. possess.* in qua aperte juris possessionis mentio injicitur, add. *L. XXXI. §. I. de action. emt.* Certe enim, qui possidet, etiamsi præter possessionem nihil allegare possit, jus rei tamdiu insistendi, aliosque ab ejus usu excludendi exercet, quamdiu alter, pinguius aliquod jus sibi in ista re competere, docere nequit. Quare in eo solum ab aliis speciebus juris in re differt, quod temporarium solum aliquod jus tribuat, atque possessio sola reliquis speciebus juris in re cedere debeat.

t) ERGONE, qui de re quadam pro arbitrio disponere nequit, dominium non habebit? Id certe ex Auctoris definitione sponte sua sequi videtur. Hac vero ratione Vasallo, Emphyteutæ, marito, dominium, quod omnium consensu in feudo, Emphyteusi, fundo dotali, exercent, erit denegandum. Quo igitur, in quonam essentia dominii consistat, & in quibus ab aliis negotiis sese distinguat, magis perspicue elucescat, hoc præmonendum duxi, quatuor quidem dominii regulariter esse effectus, nempe facultatem re utendi, jus de re disponendi, jus rem ad heredes transmittendi, denique jus alios a re excludendi; ex his tamen ultimum solum essentiam dominii ingredi, reliquos omnes ad naturalia, solum spectare, salvaque dominii essentia abesse posse. Sic plus quam notum est, usumfructum a proprietate separari, eumque jure servitutis alii constitui posse. Facultatem vero de re libera disponendi inter vivos & mortis causa, non lege solum, sed & pactis, imo & testamentis, restringi & tolli, & proprietatem tamen salvam manere, tot exempla in jure nostro docent, ut, qui ea negaret, ipsam veritatem non possit non negare. Imo multa sigillatim in Germania jura dantur dimidiata, vi quorum ipsum dominium ita difformiter inter plures dividitur, ut alter præter proprietatis partem sibi nihil fere retineat, alter vero cum proprietate jus utendi, disponendi, testandi exerceat, ex prioris beneficio. Quæ cum ita sunt, tuto asserere possumus, dominum eum esse, penes quem jus excludendi sive rem vindicandi illibatum manet, hac vero facultate cessante dominum quem vocari haud posse. Et hac ratione in formanda domini definitione neutiquam ad ea, quæ naturalia solum dominii sunt, respiciendum, sed ipsa definitio magis ab eo, quod essentiam dominii ingreditur, desumenda est, ita quidem, ut dominium dicamus jus alios a re quadam excludendi, eamque a quovis possessore vindicandi.

u) HAEC distinctio eo solum spectat, ut asserto Auctoris, vi cujus tres solum species juris in re constituit, sua constet ratio. Majorem utilitatem præstant reliquæ divisiones dominii ab Auctore omissæ, nunc supplendæ. Prima est in dominium simplex sive solitarium, & condominium. Illud jam definivimus. Hoc est, quando una eademque res ita ad plures pertinet,

XVII. CIRCA dominium singulare rerum corporalium, quod alias in specie, & stricte dominium vocatur, tria sunt consideranda, 1) modus acquirendi [x], 2.) res & bona, quæ acquiruntur, 3.) personæ, quæ transferunt, & acquirunt.

XVIII. MODI acquirendi sunt vel naturales, seu juris gentium, vel civiles *vid. infr. t.9. h. libr.* non quid hi simpliciter, & absolute dici possint juris civilis, sed secundum quid, quatenus certus modus & forma a jure civili est adscripta [y]. Similiter & illi non simpliciter, & absolute sunt juris gentium, sed aliquando etiam ipsis aliquid civile accedit. vid. GROT. *de jur. B. & P. l.2. c.8. n.5.*

ut omnes idem jus alios a re excludendi habeant, simili vero jure erga se invicem gaudeant, & huc pertinent res, quæ in communione sunt. Altera est in dominium eminens & vulgare. Hoc privatorum est, illud Principis, qui vi ejus effectus dominii privati non solum, postulante id Reipublicæ salute, legibus circumscribit, sed & in casu necessitatis subditos ab usu rerum suarum excludit. Tertia est in plenum & minus plenum. Illud cum facultate vindicandi reliquos etiam, qui dominii naturam ingrediuntur, effectus sub se complectitur. Hoc est, quando una res difformiter ita penes plures est, ut alter, parte proprietatis sibi reservata, alteram proprietatis partem, cum exercitio effectuum dominii restricto, in tertium transfert ea lege, ut certis præstationibus agnoscat, concedentem partem proprietatis sibi retinuisse. Inde vero enascitur conceptus dominii directi & utilis. Illud in parte proprietatis, quam alter sibi retinuit, & spe exercitium proprietatis aliquando iterum recuperandi consistit. Hoc exercitio proprietatis aliorumque dominii effectuum, beneficio ejus, qui proprietatem sibi certa ratione retinuit, concesso, absolvitur. Tale vero jus dimidiatum quando adest, directo domino haud concessa est facultas, dominum utilem in exercitio proprietatis turbandi, dominus e contrario utilis ita semper exercere debet dominium, ne jus ejus, qui partem dominii sibi retinuit, intervertat. Quarta distinctio est in dominium naturale & civile. Hoc consistit in exercitio dominii, cum facultate emolumenta ordinaria percipiendi conjuncto, adempta tamen facultate, de re disponendi. Illud consistit in facultate, rem, finito tempore, quod leges exercitio dominii civilis præstituerunt, sibi iterum vindicandi. Ususque hujus distinctionis præsertim in argumento de dote, cujus dominium naturale penes uxorem manet, civile in maritum transit, conspicitur. Quinta est in dominium revocabile & irrevocabile, qui termini per se jam perspicui sunt, & variis speciebus dominii antea enumeratis applicari possunt. Præsertim iterum in doctrina de dote, ut & in emtione venditione cum pacto de retrovendendo facta occurrunt. Denique sexta distinctio dominii est in Quiritarium & bonitarium. Verum, cum ista a distinctione rerum in res mancipi & nec mancipi Romanis solum cognita derivanda sit, ita quidem, ut illarum rerum dominium non nisi solemni mancipationis ritu transferri, harum rerum dominium simplici traditione in alium transmitti potuerit, quæ omnia nostrates ignorant, huic distinctioni immorari nolo.

x) CUM quo tamen non confundendus titulus, sive causa, ex qua acquirimus. Hæc enim modum acquirendi præcedit, & contractum continet ad transferendum dominium habilem, nec jus in re, sed jus ad rem solum tribuit: Ista causa tamen modis acquirendi originariis jam inest, cum locum hi sibi vindicent in acquirenda re, quæ dominum non habet, atque ideo opus non sit, ut ejus factum abdicationis accedat. Res vero, quæ dominum jam habent, absque titulo nunquam acquiruntur, ne quidem per præscriptionem, sed earum possessor titulo carens pro malæ fidei possessore habetur.

y) MODOS acquirendi civiles late persequitur HEINECCIUS *Antiquit. Romanor. Lib. II. Tit. I. §. XIX.* eorumque undecim fuisse demonstrat, hereditatem, mancipationem, in jure cessionem, usucapionem, sub corona emtionem, auctionem, traditionem, adjudicationem, legem, adrogationem, & modum acquirendi ex SCto Claudiano. Verum, qui paulo curatius eorum indolem perpendit, ei facile patebit, omnes ac singulos traditionis vel veræ vel præsumtæ species fuisse, nec nisi verborum solennitate & formularum cantilena ab invicem sese distinxisse, nisi quod hereditatis, legati, bonorum caducorum & ereptitiorum, nec non mulieris libidinosæ ex SCto Claudiano jure ipso fieret acquisitio.

XIX. Mo-

XIX. Modos naturales quod attinet, dominium vel noviter, seu nemine priori dominium in alterum transferente, acquiritur. *l.1. §.1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* vel ex domini prioris voluntate in alterum transfertur. *l.9. §.3. ff. de acqu. rer. dom.* §.40. *I. eod.* Noviter acquiritur dominium, rei ante nullius 1.) occupatione & 2.) accessione. Constat igitur hinc, quod ad tria summa capita modi acquirendi possint referri, nimirum occupationem, accessionem, & traditionem.

XX. Occupatio[z] vel est rerum, quæ in nullius patrimonio adhuc sunt, possunt tamen alicujus fieri: de quibus dicitur, quod naturali jure, & creationis lege, rationi insita, occupanti cedant. *l.1. l.3. ff. de A. R. D.* §.12. *I. de R. D.* Vel est personarum ac rerum hostilium, quæ, instar rerum nullius, belli jure, primum occupantibus cedunt. Et quidem vi occupantur seu capiuntur 1. nullius res animatæ, scilicet feræ bestiæ, 2. personæ & res in bello. §.17. *I. d. t.* sine vi occupantur res inanimatæ nullius, & in specie dicitur inventio. §.18. *I. d. t.* Sunt igitur tres occupationum species, 1.) Venatio, quæ, late dicta, aucupium & piscationem comprehendit, 2.) Occupatio bellica, 3.) Inventio.

XXI. Circa capturam ferarum præcognoscendum, quod tria sint genera animalium: 1.) prorsus & omnino fera, in naturali suo statu considerata, quæ libere vagantur, & ejus sunt naturæ, ut non nisi vi occupentur, & non nisi vi retineantur in custodia, & dominio hominum, adeoque custodiam illam si evadant, redeunt in naturalem libertatem §.12. *I. d. t. l.3.* §.2. *ff. eod.* 2.) fera quidem naturaliter, sed quæ ex consuetudine naturali evolare & revolare solent, vel singulari cura mansueta facta. Hæc occupata tamdiu nostra sunt, quamdiu consuetudinem illam non exuunt[a]. *l.5.* §.4. *&* 5. *ff. de A. R. D.* §.14. *&* 15. *I. d. t.* 3.) mansueta naturaliter, quæ absque vi in nostra custodia, & dominio retinentur, & præter naturam, & non nisi casu forte turbata, abeunt aut avolant, adeoque, licet forte custodiam nostram evadant, in dominio tamen manent[b] §.16. *I. d. t.* hinc & erepta a lupis, & his per canes ab aliis extorsa, nostra manent. *l.44. ff. d. t.*

z) Est autem occupatio actus, quo res, quæ nullius vel hostilis est, per apprehensionem, cum animo, rem illam sibi habendi, conjunctam, in potestatem nostram redigitur. Requiritur itaque I) occupari rem nullius. Rem alienam qui invadit, dominium haud acquirit, II) Accedere factum apprehensionis, *L. V. §. I. de acquir. rer. domin. §. XIII. J. de rer. Divis.* Solus itaque animus, solus visus, sola verbalis declaratio, quod quis rem habere velit, non sufficit, quamvis id Jure antiquo Romano secus fuisse videtur. Rem enim ab altero apprehensam, ab altero apprehendi visam, communem fuisse ex Senecæ *Epist. XCVII.* Phaedr. *Fabul. V. 6.* Plauto *Rudent. IV. 3. v. 76.* discimus. Verum in alia ivit Justinianus. *d. §. XIII. J. de rer. divis.* Atque sic res nullius, ad quam occupandam duo concurrunt, non fit communis, sed cedit vere occupanti, id est, apprehendenti. Potest igitur alius intervenire, & rem, quam persequimur, cujusque apprehensionem paramus, nobis iterum eripere. III) Rem in potestatem nostram esse redactam. Idque in rebus hosti ereptis juris esse, clare testatur *L. V. §. I. de captivis.* Verum ob paritatem rationis idem in occupatione rerum nullius judicandum esse censeo. Confer. Leyser. *Spec. CCCCXXXIX. med. II.*

a) Modo tamen malitiose ab alio non detineantur, tum enim dici non potest, revertendi consuetudinem eas deseruisse *L. VIII. §. I. D. famil. ercisc.*

b) Et sic etiam contra quemvis possessorem, qui tale animal detinet, rei vindicatio locum habet, modo probem, animal mansuetum meum fuisse. Quod enim meum est, absque facto ad alium transire nequit.

XXII. VENATIO igitur, stricte nimirum dicta, est ferarum quadrupedum seu terrestrium, in libertate naturali relictarum, captura, jure gentium omnibus permissa. §.12. *I. d. t.* Hoc vero jus venandi progressu temporis, per totam Germaniam [c], & plerasque nationes alias, Superioribus est adscriptum, & ab his rursus certo modo Nobilibus conceditur. Cum enim feræ, licet in privatis fundis vagentur, in nullius sint dominio, potestas vero occupandi ad omnes de populo pertinuerit: sine ullius injuria, ob rationes civiles, mutato rerum ac Rerumpublicarum statu, illa promiscua potestas occupandi a Superioribus recte interdicta est subditis [d], ac illis, qui populo, ac territorio præsunt, propria reddita, ita ut penes eos sit, quibus eam concedere velint [e].

XXIII. DIVIDITUR autem hodie jus venandi in jus venandi feras majores & minores, *in die Hohe- und Nieder-Jagten.* Jus venandi majus, est jus capiendi feras majores: jus vero venandi minus, est jus capiendi feras minores v. g. lepores & vulpes. Additur in nonnullis locis jus venandi medium [f], *die Mittel-Jagt*, jus scilicet venandi fe-

c) NIMIS liberalis hic Auctor est in extendendo regali venationis jure. Certe lex universalis deficit. Imo contraria potius lex in Germania extat; siquidem JUS PROVINC. SAXON. *Lib. II. art. LXI.* & SUEVICUM *art. CCXXXVII.* facultatem venandi omnibus ingenuis concessit. Consuetudo vero universalis contraria vix probari potest. Refert enim BEYER. *Jur. German. Lib. II. cap. II. §. VIII.* liberam esse venationem in Suevia, Electoratibus Moguntino & Coloniensi, Ducatu Wurtenbergico, Principatu Nassovio Dillenburgico, aliisque Germaniæ provinciis. Unde iis facile assentior, qui probatione onerant asserentem, iis venandi regalibus annumerari in iis provinciis, ubi libera fuit hucusque venatio: Ubi vero Principes semel jus venandi sibi vindicarunt, & exercuerunt, ibi certe privatis idem jus citra concessionem Principis adjudicari nequit, nisi forsan cum KLOCKIO *Vol. I. Consil. X. n.* 400. *&* *XXIX. n.* 627. MEICHSNERO *Tom. III. Decis. XXXIII. n.* 87. aliisque pluribus statuere velis, in dubio, & si lex generalis, venationem Principi indistincte vindicans, desit, jus venationis inferioris prædiis ingenuorum cohærere, atque citra Principis concessionem exerceri. Plane, licet venatio omnis privatis interdicta sit, rationis tamen videtur, ut occisio ferarum carnivorarum privatis permittatur, quoad reliquas autem feras nocivas Principes caveant, ne privatorum agris earum multitudo noceat, spemque vitam sustentandi & onera exsolvendi de prædiis omnem intercipiat.

d) EADEM TITII *in Jure privato Rom. German. Lib. VIII. cap. XIV. §. V.* & HORNII *in Jur. Public. cap. LX. § XVIII.* philosophia est. Hi enim jus Principis in feras bestias naturale esse, & constitutis civitatibus virtute legis fundamentalis a populo in eum translatum existimant. Alii præscriptionem immemorialem, alii alia in subsidium vocant fundamenta. Sed cum singulis fere aliquid objici possit, certe sufficit, in consensu civium tacito, & eorum patientia subsistere, cum juri Principis, quatenus in ejus exercitio est constitutus, nihil decedat, ex quocunque demum fundamento illud derives.

e) CUM itaque privatis interdicta sit venatio, nec absque concessione exerceri queat, non incongrue quæritur, an illicite venantes fures dicendi & pœna capitali afficiendi sint. De priori dubitare video BOEHMER. *Jur. Digest. ad tit. de acquir. dominio § X.* de posteriori HOPPIUM *ad Instit. Tit. de Rer. divis. §. XII.* Verum hoc supposito, venationem non privatorum jus, sed Reipublicæ vel Principis esse, furti definitio commode applicatur ad factum illicitum venationis, & sic etiam, quando animus lucrifaciendi concurrit, pœnam furti locum habere non dubito, modo tamen abstineamus a pœnis capitalibus, quæ amissionem non vitæ tantum, sed jacturam quoque animæ operari possunt v. c. *das Schmieden auf den Hirsch.* Conf. DOEPLER. *Theatr. Supplic. P. II. cap XLIV. n.* 1. *sqq. &* 69. *sqq.* add. ZIEGLER. *Jur. Majestat. Lib. II. cap. XIV. §. XXXII. sqq.*

f) QUID ad quamvis speciem in Saxonia referatur, ex peculiari Mandato Regio-Elect. d. VIII. Nov. 1708. docui in *Introd. ad Jus Saxon. P. II. Ex. V. §. IX.*

ras medii generis, veluti capreas & capreolos, ut & apros minores, add. Dn. a Seckendorff *im Teutschen Fürsten-Staat*. Quænam autem venatio alicui competat ex literis investiturarum [g], vel etiam ex usu, & exercitio percipiendi, cognoscitur. Notandum etiam hic est, quod licet jure Saxonico & quorundam locorum consuetudine, permissum sit, ut feram fugientem, in alterius etiam territorio, per horas usque 24. persequi, & ibi captam auferre liceat, modo sine clamore & clangore persecutio fiat: Land-Recht. *Lib.2. art.61.* contrariis tamen consuetudinibus & constitutionibus id fere plerisque in locis abolitum esse [h], scribit Schneidew. *ad tit. I. de R. D. §. fera n.4.* Cæterum quid hoc vel illo loco circa venationes obtineat, ex specialibus, inter vicinos initis, conventionibus, item ordinationibus peculiaribus (*Jage-Ordnungen*) ac moribus receptis, discendum est.

XXIV. Aucupium est captura volucrum, itidem jure gentium nemini denegata. *d. §.12. I. de R. D.* Hodie vero jus aucupandi non quidem simpliciter omnibus concessum, attamen pristini juris reliquiæ sunt relictæ. Sane majores aves, perinde ut feras bestias, non cuivis capere licet: uti patet ex verb. Ordin. Provinc. Saxo-Vinar. tit. 34. *So soll auch kein Bauersmann keine wilden Endten, Gänse, Trappen, Auerhahn, Birckhahn, Rebhüner, Reiger, Kraniche, in Waldern, Gehöltz, Feldern, Wassern oder Teichen, desgleichen in Weinbergen und Schnitten, schiessen, fahen &c.* Imo & alias nobiliores aves v. g. turdos, *Krammetsvögel, Drosseln,* non nisi permissu eorum, quibus jus venandi competit, & pensione præstita, capere licet. vid. Churfürstl. Saechs. Landes-Ordn. *von Vogelfahen. it.* Mandat. *wegen des Vogelfangs de anno* 1626.

XXV. Piscatio est captura piscium, itidem jure gentium cuilibet permissa *d. §.12.* Hodie vero in stagnis alienis non licet alteri piscari, imo & in pluribus fluminibus non nisi iis piscari permissum, quibus a Principe concessum [i], vel quibus in flumine, vel loco certo fluminis, piscandi jus speciatim competit. vid. *P. H. O. art.*

g) Ex his, si res confici nequeat, in iis certe provinciis, in quibus jus venandi indistincte regalibus annumeratur, id semper concessum videtur, quod minimum est, cum in dubio, quando de exercitio regalis sermo est, semper interpretatio restrictiva adhibeatur. Et sic in dubio minor solum venatio concessa intelligitur Carpzov. *P. III. Const. XXXII. def. XVII.* Wernher. *P. V. obs. LVIII.* Imo, concessa licet venatione majori eam tamen de exercitio venationis cum canibus venatoriis explicant, usum vero *des Pürschens und Schiessens* denegant, nisi & verba investituræ eo nominatim sint directa Carpzov. *P III. Decis. CCXVII. n.7.* add. Ludovici *Dissert. an species deroget generi cap. I. §. III. sq.*

h) De Jure Saxonico res expedita videtur per Ordinat. Provinc. *de anno* 1555. tit. *dass keiner auf des andern Grund.* &c. add. Berger, *Oec. Jur. p.m. 226,* Wernher. *P. VII. obs. LXVII.* Verum hoc jus sequelæ in iis provinciis vigere, quæ Jure Romano utuntur, salvo tamen jure præoccupandi, domino fundi, in quo persecutio fit, competente Leyser. demonstrat. *Spec. CCCCXLI. med. X. sq.* & Sekendorfium quoque atque Wernherum, qui de usu hujus sequelæ in aliis provinciis testimonium perhibent, in partes suas vocat.

i) Hoc, si de fluminibus publicis intelligit Auctor, res dubio caret, ob ea, quæ hanc in rem differit Ziegler. *de jur. majestat. Lib. II. cap. XV. §. XXIII.* Nam certe, cui jus competit in flumine ipso, illi etiam facultas non erit deneganda, fructus inde percipiendi. Quare citra concessionem, ne iis quidem piscari permittitur, qui prope flumina feuda possident Stypmann. *de jur. maritim. P. V. cap. IV. n. 11.* Quod autem ad flumina privata attinet, jus piscandi iis, qui prope ripam habitant, vix erit denegandum.

160. add. SYNTAGM. NOSTR. FEUD. *cap.6. aph.7. num.10. & aph.18. num.4.* Alicubi vero in fluminibus ac rivis publicis piscari, quibuslibet accolis certo modo licitum est: qua de re constitutiones provinciales, & consuetudines singulorum locorum sunt consulendæ.

XXVI. PRAETEREA sciendum, quod apum quoque sit fera natura: ideo & hæ, si adhuc nullius sunt, includi a quolibet possunt [k], & favos, si quos effecerint, eximere quilibet potest. Inclusæ vero in ejus sunt dominio, qui eas incluserit §. 14. quamdiu nimirum animum revertendi habent. §.15. *I. d. t.* & examen eo usque nostrum intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus est persecutio, alioquin occupanti cedit. *d.* §. 14. Idem adhuc hodie obtinet in apibus; neque aliud jure Saxonico videtur dispositum, WEICHBILD. *art.*119. BERL. *p.5. C.50.* licet quodammodo dissentiat CARPZOV. *p.4. C.36. def.4.* [l] cujus tamen sententia non adjuvatur annexo præjudicio. Mores igitur locorum hac in re veniunt attendendi.

XXVII. DENIQUE attendendum, quod pavonum & columbarum etiam sit fera natura, licet quoddam hujusmodi animalium genus præ aliis magis sit ferum, adeoque in eo idem obtineat, quod in avibus majoribus; aliud vero sit mansuetius, & ex consuetudine evolare & revolare soleat *d.* §. 15. Hæc animalia itidem eo usque nostra intelliguntur, donec animum revertendi habeant *d.* §. 15. & horum, nec non apum, fit furtum. add. CARPZOV. *p.4. c.36. d.4. & 5. l.8. §.1. ff. fam. herc.* Hodie juxta Ordinat. Provinc. non cuilibet, columbas alere, permissum est, sed juxta modum agrorum, quos quis possidet, certus quoque columbarum numerus est concessus [m].

XXVIII. OCCUPATIO bellica seu captivitas est, qua res & personæ hostium, in bello capientium fiunt, §.17. *I. de R. D.* Pertinent autem ad milites singulos non nisi ea, quæ in dimicatione, & liberis excursionibus capiuntur: ea vero, quæ non tam a singulis, quam a toto exercitu occupantur, spectant ad eum, cujus auspiciis bellum geritur [n]. Vid. GROT. *de I. B. & P. l.3. c.6. num.* 12. Quandoque & militibus

k) MODO non reperiantur in sylvis & forestis. Tum enim cuilibet earum inclusio haud permittitur, sed ille potius jus habebit, favos eximendi, cui jus foresti competit. Jus enim foresti præter inspectionem in sylvas, & jurisdictionem, facultatem etiam complectitur omnes ex foresto percipiendi fructus. BEYER. *Delin. Jur. German. cap. III. § III.*

l) QUI in ea est opinione, tanquam examen apium indistincte res nullius sit, & occupanti cedat. Verum juri magis convenit sententia BERLICHII *P. V. Concl. L. n. 12. sq.* tum demum examen apium pro re nullius haberi posse, quando inscio domino emigravit. Domino itaque scienti persecutionem examinis in alienum fundum concedit, ita tamen, ut dominus fundi illum ab ingressu arcere, & prævenire possit.

m) QUOD rationis esse vel inde apparet, quia columbæ, quæ evolare solent, in agris pastum quærunt, iisque, dum grana effodiunt, maximo detrimento sunt; Non igitur potest, qui ipse agros non habet, vicinis onus imponere, ut ex suis agris columbis pastum concedant. Unde merito temperanda est opinio PHILIPPI, qui in *Eclogа Lib. VI. ad Lib. II. Instit. u. t. & 2.* nimis liberaliter asserit, posse quemlibet in suo columbas alere, & columbarium exstruere.

n) AEQUUM enim est, ut belligerantem, qui ex moribus hodiernis non amplius militia lecta utitur, sed mercenariam alit, commodum sequatur, quia onus belli gerendi solus fert. Ut sic merito a Philosophia Romanorum, qui militibus lectis hostibus erepta relinquebant, recedere debeamus: vid. interim FABRI *Semestr. Lib. II. cap. III.* Hodie igitur nihil sibi capit miles mercenarius, nisi cujus occupationem ipse belligerans, vel, quem ille delegavit, concessit. Singulatim juris est, ut res mobiles fiant occupantis, simulac hostis eas non amplius persequitur, vel quando intra præsidia deducta sunt; Res im-

omnis præda promittitur, ut eo reddantur alacriores. Vid. Reuter-Bestallung zu *Speyer de Anno* 1570. *art.*96. Notandum quoque hic est, quod personas hostium attinet, inter Christianos generali consuetudine receptum esse: ut capti in bello libertatem non amittant, sed præstita victori certa, pro cujuslibet, qualitate pecunia seu lytro, redeundi veniam impetrent, aut alias, captivorum hinc inde mutua quasi permutatione, fiat liberatio.

XXIX. Si vero ea, quæ ante hostes occuparunt, recipiantur, postliminii jus obtinet, ita nimirum ut res quidem immobiles & jura, ad priores revertantur dominos; personæ vero captæ libertatem suam recipiant; aliæ autem res mobiles capientibus in prædam cedant *l.* 7. *l.*16. *l.* 19. *pr. & l.*28. *ff. de capt. & postlim. & red. ab hostib.* §. 5. *I. quib. mod. jus patr. pot. solv.* vid. Grot. *d. tr. l.*3. *c.*9.

XXX. Inventio est rerum inanimatarum mobilium, quæ nullius sunt, occupatio, veluti lapillorum, gemmarum, margaritarum & similium &c. quæ in littore maris inveniuntur §.18. *J. de R. D.* Hodie vero uti jus in littoribus quodammodo ad Regalia refertur: ita etiam, quæ in littoribus inveniuntur, & jus apprehendendi res, quæ in nullius dominium juxta naturam suam pervenere, ex plenitudine potestatis Principes, ad augendum fiscum, sibi licite adscripserunt [o]. Vid. Syntagm. Nostr. Feud. *cap.*6. *aph.*7. & 22. Stipman. *de jur. marit. P. II. cap. IV. n.*248. *seqq.* Gryphiander. *tr. de insul. cap.*31. Preusisch Land-R. *l.*2. *tit.*1. *art.*3. §.3.

XXXI. Accessio est, qua, ex naturali ratione id, quod rei, quam tenes, accedit, tibi acquiritur: estque vel naturalis; vel artificialis seu industrialis; vel fortuita.

XXXII. Accessio naturalis 1.) accidit seu provenit ex animalibus nostris, qualis est fœtus: quæ enim ex animalibus, dominio tuo subjectis, nata sunt, tibi acquiruntur [p]. §.19. *I. d. t. l.*6. *ff. de A. R. D.*

XXXIII. 2.) Accessio naturalis est, quæ provenit ex intrinseco quodam incremento: ita 1. quod per alluvionem agro tuo flumen (*quod quasi censitoris vice fungitur l.*30. §.3. *ff. d. t.*) adjecit, tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens, quo aliquid agro nostro ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur; quod nobis aut rei nostræ acquiritur, propterea, quod a nullo vindicari possit, quia, unde veniat, nescitur [q] §.20. *I. de R. D. l.*7. §.1. *ff. de*

mobiles vero in dominium belligerantis veniant respectu tertii, non ratione prioris domini, sed jus solummodo belligerans consequatur bonæ fidei possessionis, ut fructus interim suos faciat irrevocabiliter, donec transactione interposita determinetur, cuinam rei immobilis dominium cedere debeat Grotius *de Jur. Belli & Pac. Lib. III. cap. VI.* §. *III.*

o) Modo tamen id expresse factum sit, & nullo rerum, quæ inveniuntur, habito discrimine. Inde enim, quod certas res, quæ in locis publici juris inveniuntur, Princeps sibi vindicaverit, sequi non videtur, inventionem plane non posse ad modos acquirendi dominii privatos referri. Sed naturæ rei magis convenit, voluisse Principem, qui hunc acquirendi modum in aliquibus restrinxit, ut in reliquis salvum maneret jus subditorum. Strick. §. *II. J. de Rer. Divis.*

p) Ut vero omnis doctrina de accessione unica hac regula absolvitur; Accessorium sequitur suum principale; ita sigillatim in fœtura juris est, ut partus sequatur ventrem.

q) Et præterea æquitas naturalis suadet, ut iis relinquatur, quod per alluvionem agris eorum adjicitur, qui omni momento timere debent, ne fluminis vis de suo aliquid detrahat, & vicini agro adjiciat. Unde peccare, existimo, JCtos, qui alluvionem fisco adjudicant, nisi simul forsan Principi id consilii suppeditent, ut

*A. R D.* Obtinet vero hoc jus, quando flumen, vel rivi publici (*gemeine Bäche*) aliquid adjiciunt. Vid. JOH. OETTINGER. *tr. de jur. & controvers. limit. l.* 1. *c.* 12. *& l.* 2. *c.* 2. *n.* 16. NOE MEIRER. *tr. vom Jagt- Forst- und Wasser- Recht. part.* 5. BAPTISTA AYM. *tr. de alluv.* GROT. *d. tr. l.* 2. *c.* 8. *n.* 12. AH. FRITSCH *jus fluviat.*

XXXIV. QUAE vero vi fluminis, non latenter, ex alieno, prædiis nostris adjiciuntur, nobis non acquiruntur [r], nisi coaluerint, arboresque adductæ radices egerint. §. 21. *I. d. t. l.* 7. § 2. *ff. de* A. R. D.

XXXV. ACCEDIT 2. vicinis agris insula in flumine nata. Hæc si mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit: si alteri proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prædia prope ripam possident. § 22. *I. d. t. l.* 7. §. 3. *ff. eod.* vid. OETING. *d. tr. Lib.* 2. *cap* 3. Hodie plerisque in locis Romani Imperii jus civile, quoad insulas in flumine publico natas, vigere, tradit OETING. *d. tr. Lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 4. *&* 7. *it. Lib.* 1. *c.* 12. *n.* 48. add. HEIG. *Lib.* 2. *q.* 49. SCHEFFER. *Lib.* 2. *q.* 17. Alicubi vero insulas privatis non acquiri, sed ad Principes pertinere, idem tradit OETING. *n.* 10. *&* 11. & latius exponit GRYPHIAND. *tr. de insul. cap.* 11. 12. *&* 13. nec non speciatim docent de insulis in Rheno natis MEURER. *d. tr. art.* 5. *fol.* 102. de insulis in Electoratu Saxon. [s] CARPZOV. *p.* 3. *C.* 31. *def.* 13. de insulis in Gallia, CHRISTINEUS 4. *decis. Belgic.* 86. *n.* 6. de Hollandiæ & vicinarum regionum. GROT. *Lib.* 2. *de I. B. & P. c.* 8. *n.* 9. Non ineleganter hæc diversa jura conciliare intendit SIMON van LEUVEN *censur. forens. theoret. pract. L.* 2. *c.* 4. *n.* 12. dum scribit: *Quid moribus harum, vicinarumque regionum, de alluvionibus juris sit, propter consuetudinem & rerum judicatarum diversitatem, quibusdam dubium videtur: Quorum alii concedunt, alluviones, ut sequelas & appendices fluminum, esse solius fisci: alii contra negant, ut videre est apud* GROT. introd. Lib. 2. c. 9. v. *in Holland. Qua in re distinguendum nobis videtur inter insulas in flumine seorsim, seu separatim ab agris, natas, quas quidem ejusdem juris esse cum ipsis fluminibus, certum est, l.* 1. §. 7. *ff. de flum. ac proinde, cum flumina publica Principis dominio adscripta, interque regalia relata sint, consequens etiam*

de oneribus, quæ agris imponi solent, pro rata aliquid remittat, si agris istis per fluminis vim aliquid decedit. Cæterum recte quoque, puto, Principem sibi id, quod agris adjectum est, vindicare, quando ager ipse limitibus circumscriptus est.

r) ATQUE ideo, quousque coalitio nondum facta, quod, quanto spatio fiat, ex rerum peritis quærendum est, datur incrementi patentis vindicatio, ad eum minimum finem, ut incrementum a vicini agro limitibus distinguatur. Interim tamen post coalitionem non plane excluditur prior dominus, sed rei solum vindicatione amplius uti nequit. Contra novum vero possessorem recte agit, ut praestet id, quod interest, incrementum domino priori abesse vid. BACHOV. *ad §. XXI. J. de Rer. Divis.* UNGEPAVER. *Exerc. V. qu. VII.*

s) QUOD ad hunc attinet, Doctores Saxonici fere omnes uno ore consentiunt, insulas in fluminibus publicis natas privatorum esse, iis solum exceptis, quæ in Albi flumina nascuntur, vide præter Carpzovium adhuc ZIEGLERUM *de Jur. Majestat. Lib. II. cap. XV. §. XXVII.* BERGER. *Oec. Jur. p. m.* 287. WERNH. *P. V. obs. CXXXVIII.* Verum quam gravis mihi de hoc afferto enata sit dubitandi occasio, collige ex *Introd in Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. II. §. XV. sq.* Tam clara enim in contrariam partem, quod nempe insulæ in fluminibus publicis enatæ fisco cedant, extant rescripta Electoralia, ut mirum omnino sit, quando Doctores in ea causa esse videmus, ut fisco hoc jus denegent.

*est, ejusdem incrementa ad Principem seu fiscum pertinere, aut ad eos, qui jure, sibi a Principe concesso, gaudent: alias vero alluviones, & agrorum adjacentium accessiones, etiamnum nobis & rei nostra,* juxta §.20. & 21. I. de R. D. *acquiri, nihil vetat. Atque ita interpretanda & distinguenda sunt, qua legimus apud* GROTIUM introd. *Lib.2. cap.9. & de I. B. & P. Lib.2. c.8.* CHRISTIN. *volum 4. d.64. num.7.* ZIPAEUM *notit. jur. bell. tit. de jur. fisc. vers. Res commun.* PEREZ. *ad Cod. tit. de alluv. n.8.* Hæc ille.

XXXVI. SI vero insula ita nata fuerit, ut agrum alicujus circumfluat aqua, tunc caussa proprietatis non mutatur, sed ager prioris domini permanet. §. 22. *in f. I. de R. D. l.30. §.2. ff. de A. R. D.*

XXXVII. 3.) QUANDO naturalis alveus vetus, a flumine, ad aliam partem fluente in universum derelinquitur; tunc vetus iste alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo latitudinis cujusque agri, qui prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus ipsum flumen est, i. e. publici. §.23. *I. d. t. l.7. §.5. ff. de A. R. D. l.1. §.7. ff. de flum.* Quodsi, post aliquod tempus, ad priorem alveum reversum fuerit flumen: iste novus alveus, jam iterum derelictus, itidem eorum esse incipit, qui prope ripam ejus praedia possident, si strictam juris rationem sequamur: attendendae tamen sunt hac in re circumstantiae & aequitas, ut aliquando priori domino iste ager, a flumine occupatus, & jam iterum relictus, restituatur. *l.7. §.5. ff. d. t.* vid. AYM. *d. tr. de alluv.* Hodie etiam, quae de acquisitione alvei deserti diximus, obtinere [t], patet ex CARPZOV. *part.3. C.31. d.14. & 15.* JOH. A SANDE *decis. Fris. Lib.5. tit.2. def.1. & 2.* Alicubi vero alveum, a flumine derelictum, fiscalibus bonis annumerari, tradit GRYPHIANDER *d. tr. de insul cap.11. num.45.*

XXXVIII. ALITER res se habet, si ager solum inundatus fuerit, flumine imbribus vel nivibus audacto, tunc inundatio fundi speciem & proprietatem non mutat, sed, recedente aqua, ejus manet, cujus ante fuit [u], §.24. *I de R. D. d l.7. §.6. ff. de A. R D.*

XXXIX. ACCESSIONEM artificialem, seu industrialem, vocamus, qua, facto hominis interveniente, juxta casuum & objectorum diversitatem, aliquando rei nostræ opera aut res aliena, aliquando operæ nostræ res aliena, quam tenemus, & circa quam operam adhibuimus, cedit: & sunt hujusmodi accessionum genera septem: 1.) specificatio, §.25. *I. d. t.* 2.) adjunctio, §.26. 3.) inædificatio, §.29. & 30. 4.) plantatio, §.31. 5.) satio, §.32. 6.) scriptura, §.33. 7.) pictura, §.34.

XL. SPECIFICATIO est, qua quis ex aliena materia novam speciem conficit [x];

t) CLARA hanc in rem exstat dispositio JUR. PROVINC. SAX. *Lib.II. art.LVI. in fin.* Neve cum THOMASIO *in Not. ad Instit. de Rer. Divis. §.XXII.* vocem *Land*, quæ ibi reperitur, de territorio explices, prohibent verba proxime præcedentia; *Was das Wasser abnimmt dem Lande, das hat der verlohren, des das Land ist.* Cæterum nil interest, sive alveus naturaliter cursum suum mutaverit, sive data opera exsiccatus fuerit. In utroque enim casu dispositio juris civilis locum habet *de* WERNH. *P.V. obs.CXXXVII.*

u) AST inundatio perpetua fundi speciem mutat, efficitque, ut prior dominus dominium amittat *L.XXXIII. D. quib. mod. usufr. amittat:* Errant enim, qui textum ita explicant, tanquam effectus solum proprietatis, sive exercitium amittatur, jus autem continuetur, siquidem textus perspicue amissionem proprietatis loquitur. Ut autem aqua iterum discedente proprietas priori domino restituatur, rationis est.

x) ERGO minus recte ad specificationem a Justiniano in §.*XXV. J. de Rer. Divis.* referuntur casus, quando ex alienis uvis, olivis, &

ut si quis ex alieno auro vel argento vas aliquod fecerit, & tunc distinguitur ita, ut, si materia adhuc prævaleat formæ artificiali additæ, is videatur dominus speciei effectæ, qui materiæ dominus est: si vero forma ista artificialis prævaleat materiæ: is potius intelligatur dominus, qui speciem istam indidit. Colligitur autem, quid prævaleat, ab externo signo; nimirum si ista species, seu corpus, ad priorem rudem materiam reduci potest, praevalet materia, &, tanquam potentior, formam ad se trahit. add. *l.* 24. *ff. de A. R. D. l.* 78. §. 4. *ff. de leg.* 3. sin vero non potest reduci, praevalet forma y); adeoque tunc materiae ita consumtae, ut ad pristinam existentiam, & rudem formam reverti non possit, non habetur in addictione dominii ratio *l.* 27. §. 1. *ff. de A. R. D.* sed novae duntaxat speciei, indeque ei addicitur, cujus facta ea res in rerum natura esse coepit. *l.* 3. §. 21. *ff. de acquir. vel am. poss.* vid. *d.* §. 25. *I. d. t.* add. GROT. *introd. Lib.* 2. *cap.* 8. *pr.* qui sibi ipsi contrarius videtur *tr. de I. B. & P. Lib.* 2. *c.* 8. *n.* 19.

XLI. SED quid si partim ex sua materia, partim ex aliena, speciem aliquam quis fecerit, veluti ex sua lana & aliena vestimentum? dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiae praestiterit, *d.* §. 25. *I. d. t.* add. §. 27. *eod.* ubi de confusione agitur.

XLII. COMPETIT tamen eo casu, quo speciei dominium specificanti acquiritur, priori domino materiae actio contra illum, & quidem, si mala fide ex aliena materia quis speciem confecerit, datur actio ad exhibendum & rei vindicatio, tanquam contra eum, qui dolo desiit possidere, *l.* 12. §. 3. *ff. ad exhib.* praeterea competit condictio furtiva *l.* 13. *ff. de condict. furt.* & actio furti. *l.* 52. §. 14. *ff. de furt.* Si vero bona fide ex re aliena quis speciem confecerit, conveniri potest actione in factum, *arg. d. l. & l.* 23. § 5. *ff. de rei vind.* Porro eo casu, quo ad dominum materiae pertinet confecta species, competit specificanti & possidenti retentio speciei & exceptio doli, usque dum pretium operae vindicans dederit, *arg. d. l.* 23. §. 4. *ff. de R. V.* modo specificans bonæ fidei possessor fuerit: nam scienti, alienam materiam esse, potest objici culpa, quod temere speciem confecerit ex materia aliena. *arg.* §. 30. *in f. I. de R. D.*

XLIII. ADJUNCTIO est, qua rei nostrae principali, ejus augendae, reficiendae, ornandaeve gratia, sive bona, sive mala fide, res aliena jungitur & accedit

spicis vinum, oleum aut frumentum fit. Nam frumentum ex spicis excussum non est nova species, sed tantum species detecta *L. VII.* §. *VII. D. de Acq. rer. dom.* Uvæ vero & olivæ lectæ, percipi coeptæ dicuntur, tum demum vero, quando coactæ sunt, id est, vinum & oleum inde factum, perfecte collectæ nominantur in *L. LXXVIII. D. de Rei vind.* & sic denuo vinum & oleum non est nova species. Dissentiunt quidem VINNIUS *ad d.* § *XXV. J. de rer. Divis.* & HUBER. *Prælect. ad eund. titul.* §. *XLIII.* & vinum atque oleum in aliam speciem transire ideo credunt, quia nomen mutant. Verum mutatio nominis sola novam speciem efficere non potest. Alias enim frumentum ex spicis excussum nova quoque species non posset non fieri, quod tamen fieri leges negant.

y) HAC distinctione adhibita altercationes Veterum JCtorum, ex quibus Sabiniani pro domino materiæ, Proculiani pro specificante pronunciabant, commode componi posse ex stimavit Justinianus *d.* §. *XXV. J. de Rer. Div.* Paulum secutus, qui in *L. XXIV. D. de Acq. rer. domin.* eandem viam ingreditur. Vereor autem, ne iniquitatem contineat hæc decisio, cum sæpe prætiosior possit esse opera, quam materia, maxime, cum in hanc non semper cadat pretium affectionis, vid. THOMASII *Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap. III.* §. *XLI. sqq.*

ita,

ita, ut non nova species conficiatur: & tunc, quod additum est, cedit toti [z]. *l.26. §.1. ff. de A. R. D. l.19. §.13. ff. de aur. & arg. leg. §.26. I. d. t.* Nihilomiuus autem is, qui dominus fuit rei adjunctae, alteri jam accessionis vice acquisitae, habet actionem contra novum illum dominum, cui ista particula acquisita est; & quidem adversus eum, qui surripuit, furti actionem, & condictionem furtivam [a]. *d. §.26. I. de R D.* junct. §.2. (*al.3.*) *I. vers. nam qui sciens de usucap.* Datur etiam actio ad exhibendum & utilis rei vindicatio. *arg. l.12. §.3. & l.9. §.2. & 3. ff. ad exhib.* Adversus bonae fidei possessorem competit actio in factum *l.23. §.5. ff. de R. V.* Si vero quis suam rem rei alienae junxerit, & dominus hanc vindicet, competit jus retentionis, & exceptio doli possidenti, usque dum pretium ejus, quod adjunctum est, solvatur. *d. l.23. §.4. de R. V.*

XLIV. ALIA est ratio confusionis, cum materiae liquidae, aut liquefactae, ita miscentur & confunduntur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partes in se recipiat, unde existit ipsius corporis, quod ex confusione fit, consolidatio. Haec est aut ejusdem generis materiarum, aut diversi; alia iterum, quae mutua dominorum voluntate & scientia; alia, quae fortuito, & altero dominorum ignorante, facta est. Illo casu, quia nova species non fit, communio constituitur [b], pro rata parte materiae, quae cujusque ante confusionem fuit: ita tamen, ut & pretii ratio habeatur, si unius pars melior, aut pretiosior fuit. *l.3. §. ult. l.4. l.5. ff. de R. V.* Hoc vero casu, si species praevaleat, obtinet id, quod supra de specificatione dictum, *l.5. §.1. ff. de R. V.* si vero non praevaleat, sed res confusae deduci & separari possint, cuilibet domino materia, quae ante confusionem ejus fuit, restituitur, *d.l.5. §.1. de R.V. l.12. §.1. ff. de A R D.*

XLV. SIMILI ratione se res habet in commixtione, qua res solidae ita commiscentur, ut inde totum fiat per agregationem; & quidem si v. g. frumentum Titii cum frumento tuo mistum fuerit, voluntate vestra, commune est frumentum. Quodsi casu id mistum fuerit, vel altero ignorante, non inducitur communio; sed si ab alterutro vestrum totum illud frumentum retineatur, in rem quidem actio, pro modo frumenti cujusque, competit, arbitrio autem judicis continetur, ut non solum attendat, quot quisque modios ante permixtionem habuerit, sed etiam iste aestimet, quale cujusque frumentum fuerit: ut, cum grana adeo accurate seligi nequeant, illi, qui melius habuit frumentum, plus; qui deterius, minus adjudicetur. *§.28. I. de R. D.*

z) Hoc itaque principio: Cujus est totum, ejus etiam est pars; innixi Veteres JCti, indistincte fere domino principalis accessorium quoque adjudicarunt, quamvis aequitati magis conforme sit, ut dispiciamus, anne res adjuncta a toto salva & integra separari, & domino suo restitui possit, v. c. si gemma aliena annulo meo inclusa sit. Nam hoc in casu rem separandam, dominoque restituendam esse, ipsae leges Romanorum loqui videntur. vid. *L. VI. D. ad exhib.*

a) RES enim adjuncta videtur extincta, quia in statu priori non amplius extat, atque sic vindicari nequit. Cave itaque existimes, tanquam ad acquisitionem dominii bona fides non requiratur, cum vindicatio hic domino priori denegetur. Nam illius dispositionis ratio non in acquisitione dominii rei furtim subtractae collocanda, sed inde potius desumenda est, quia leges, rem amplius non extantem vindicari posse, negant.

b) IMO & in posteriori casu, quando confusio fortuito, vel altero ignorante, facta est, communio locum habet § *XXVII. J. de Rer. divis.* Id tamen hic singulare est, quod confundens, si res alterius per confusionem deteriorata sit, hunc, ut partem accipiat, cogere nequeat, sed potius damnum rei deterioris factae praestare debeat THOMASIUS *in Not. ad d. §.XXVII.*

XLVI. PRAETEREA junctura alia dicitur ferruminatio, alia adplumbatura. Ferruminatio (*die Anschweissung*) est, qua metalla ejusdem generis, formata, vel non formata, sine interventu alterius materiæ, consolidantur: ut si ferrum ferro: brachium æreum æreæ statuæ jungatur. Adplumbatura (*die Læthung*) est, qua duæ, ejusdem vel diversi generis, res, per dissimilem materiam, aut non per se invicem, sed per quoddam interveniens, coagmentantur vel conjunguntur; ut si vasi figulino ansa & operculum argenteum; item si plumbo, clavo, glutine, vel simili modo, brachium statuæ jungatur. Et quidem, si vel ferruminatione vel adplumbatura, res aliena meæ jungatur, veluti toti integrali, distinguendi sunt duo casus. Si enim 1.) rei principali ita accedat aliquid, veluti pars integralis, tunc illa accessio cedit principali, & pertinet ad modum acquirendi, qui dicitur adjunctio *l.27. pr. & §.2. ff. de A. R. D.* sin vero 2.) neutra res alteri ita accedat, prioris domini res manet, quia separari potest. *d. l.27. pr. & §.2. l.12. §.1. eod. l.23. §.5. l.5. §.1. ff. de R. V.*

XLVII. DE inædificatione est regula generalis: Omne, quod solo inædificatur, solo cedit *§.29. I. de R. D. l.7. §.10. ff. de A. R. D. l.39. pr. ff. de rei vind.*

XLVIII. CUM igitur in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: ne ædificia rescindi, necesse sit. Competit autem domino pristinæ materiæ, si bona fide quis materiam junxerit, extante ædificio, de jure civili, actio de tigno juncto, ut duplum pretii pro ista materia præstetur. *d. §.29. l.23. §.6. ff. de R. V.* Hodiernis autem moribus solum simplum restituendum venit, nisi singulare interesse actor probare possit. Diruto ædificio, materia ad pristinam causam refertur [c], & potest dominus eam vindicare & ad exhibendum agere, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium. *l.23. §. fin. l.59. ff. de R. V.* nisi jam duplum seu pretium rei sit consecutus. Sin autem mala fide quis junxerit cohærente materia, datur itidem actio de tigno juncto in duplum, seu ad pretium & interesse praestandum, ac praeterea actio ad exhibendum, & rei vindicatio, quia dolo desiit possidere. *l.1. pr. & §.2. l.2. ff. de tigno junct. l.23. §.6. de R. V.* Diruto ædificio, adhuc potest ipsa res vindicari, licet malae fidei possessor jam ante aestimationem & interesse restituerit. *d. l.2. ff. de tign. junct.*

XLIX. Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cujus & solum est. *§.30. I. d. t. l.7. §.12. l.28. de A. R. D.* Is vero, qui ædificavit, vel 1.) est in possessione ædificii, & si dominus soli ædificium petat, nec solvat pretium materiæ, & mercedes fabrorum, poterit, per exceptionem doli mali repelli, si nescivit alienum esse solum: nam scienti potest objici culpa [d], quod temere ibi

c) VIDES hic usum distinctionis dominii in civile & naturale; nam ædificans, sive in bona sive in mala fide sit, stante ædificio dominus materiæ est civilis, prioris materiæ domini dominium interim quiescit, donec dirutum sit ædificium, quo facto dominium ejus reviviscit. Ratio hujus dispositionis vero ex Legibus XII. Tabul. desumenda est, quibus cavebatur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, ne urbs ruinis deformetur, maxime cum Reip. interesset, urbem ædibus ornari.

d) IMO & dolus, quem ideo Romani materiæ jactura puniendum voluerunt. Verum Auctor noster recte monet, posse & mala fide ædificantem de pretio materiæ & mercedibus fabrorum agere. Hoc enim non æquitati solum naturali convenit, qua cavetur, ne quis cum alterius damno fiat locupletior, sed jura etiam Romana sigillatim in *L. XXXVII. D. de Rei vindic.* permittunt ædificanti, ut ædificium diruere, & materiam vindicare possit. Quo igitur dominus soli hoc ædificantis jus inutile reddat, ædificium-

ædificaverit. *d.* §.30. Ex æquitate tamen & mala fide ædificanti concedendum est, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium, quod posuit, *l.*37. *ff. de R. V. l.*5. *C. eod.* add. *l.*38. *ff. de pet. hered.* Vel 2.) non est in possessione, & extante ædificio, ne quidem is, qui bona fide ædificavit, jure Rom. actionem habet, qua pretium materiæ & impensas petat. *l.*48. *ff. de R. V. l.*33. *de condict. indeb.* Moribus vero nostris, & bona & mala fide ædificantem etiam impensas, non modo per exceptionem retinere, sed & per actionem petere posse, putat ZIPAEUS. *notit. jur. Belg. tit. de R. V. & A. R. D.* GROENEWEG. *de LL. abrogat. ad d.* §.30. *I. de R. D.* aliter statuit. CARPZOV. *P.*3. *C.*31. *d.*10. Diruto forte ædificio, ad pristinum dominum materia redit, & non solum is, qui bona fide ædificaverat, materiam vindicare potest, sed & qui malæ fidei possessor fuerat, dum ædificabat, *d.* §.30. *I. d. t.* junct. *l.*2. *C. de R. V.*

L. DE plantatione itidem similis obtinet regula: quod scilicet planta ejus sit, cujus est solum, in quo posita, modo cum terra coaluerit, & radices egerit: ante enim, quam radices egerit, illius permanet, cujus fuerat [e]. §.31. *I. d. t. l.*7. §.13. *ff. de A. R. D.* Hinc, si vicini arbor ita terram meam presserit, ut in meum fundum radices solum egerit, mea fit arbor: & prope confinium posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est, pro regione cujusque prædii *dd. text.* quod tamen moribus vix observatur, seu attenditur.

LI. QUA ratione plantæ solo cedunt, eadem quoque ratione frumenta, quæ sata sunt in solo alieno, isti cedunt. §.32. *d. t. I. de R. D. l.*9. *pr. ff. de A. R. D.* Competit tamen ei, qui alienum fundum sua impensa conseivit, vel in eo plantavit, exceptio vel actio, ut dominus, qui fundum istum vindicat, vel tenet cum fructibus, ratione impensarum ipsi satisfaciat [f]. *dd. text. & l.*11. *C. de R. V.*

LII. RATIONE scripturae, itidem chartis, membranisve cedunt, quae in iis scripta [g]. §.33. *I. de R. D.* add. *l.*9. §.1. *ff. de A. R. D.*

quæ sibi conservet, aliud medium haud est comperatum, nisi pretium & mercedes restituat. Ex quibus constat, quod sententia Carpzovii contrarie ab Auctore citata firmo haud innitatur fundamento.

*e*) CUJUS distinctionis fundamentum ex principiis Stoicis derivandum est. Stoici enim existimabant, substantiam arboris per nutrimentum constitui, nutrimentum vero per radices attrahi. Hinc rationi consentaneum putabant JCti, eum esse plantæ dominum, ex cujus fundo succum nutricium attraheret.

*f*) ET hoc, puto, in omnibus litibus dijudicandis, quæ de impensis ab eo, qui in alieno solo ædificavit, plantavit vel conseivit, repetendis oriuntur, regulæ generalis instar servandum esse, quod dominus soli non debeat locupletior fieri cum alterius, ejusve heredum damno. Hac enim ratione ipsa disceptatio de quæstione, quænam impensæ restituendæ sint, facile componitur. Certe necessarias dominus soli semper restituere debet, etiamsi prohibuerit, ne impenderentur. Deficiente prohibitione, de utilibus etiam respondere debet, *L. XL. Mand. L. ult. C. de negot. gest.* Voluptuarias vero ille, qui ædificat, plantat, suo periculo erogat, nec nisi facultatem tollendi habet. Sic vero ultra id, in quo dominus locupletior factus, nihil consequitur. Cessabit etiam jus repetendi, si res ipsa periit, add. tamen LEYSER, *Specim.* CCCCXLVII. *med.* III.

*g*) QUAE decisio ideo nonnullis absona videtur, quia non in chartam sed in scripturam cadere solet pretium affectionis. Verum Romani satis causæ habuerunt, cur scripturam chartæ cedere statuerent, cum materiis paulo rarioribus, corticibus, tabulis eburneis, cereis, linteis inscriberent, charta, qua nostrates utuntur, destituti. Imo nullus dubito, quin Romani de illa veritate, scripturam sæpius rariorem esse charta, sufficienter edocti, ab ista regula, scripturam chartæ cedere, aliquando recesserint. Permittunt enim leges illi, qui in alienam chartam aliquid

LIII. IN pictura, ob singulare artificium, seu artis privilegium, singulariter obtinet, ut pictura tabulam ad se trahat[h]. vid. §. 34. *I. de R. D. l. 9. §. 2. ff. de A. R. D.* Unde, si pictor possideat, datur domino tabulæ actio ad petendum pretium tabulæ: si vero dominus possideat, pictor quidem vindicare potest picturam suam, sed dominus juste eam retinet, usque dum ratione tabulæ ipsi satisfactum *dd. text.* add. *l. 23. §. 3. & 4. ff. de R. V.* Hoc quod de pictura diximus, etiam moribus nostris in scriptura obtinere volunt, ita ut etiam charta cedat scripturæ. GROT. *introd. l. 2. c. 8.* MYNS. *ad. l. h.* SCHULTZ. *ad §. 33. de R. D.*

LIV. PORRO accessio quædam est ratione rei alienæ, præprimis naturalis, quandoque industrialis, qua nimirum bonae fidei possessor omnes fructus, quos ex re, non aliter sciens, quam rem esse suam, percipit, acquirit pro cultura & cura, justa opinione dominii, & perinde ut a domino adhibita. §. 35. *I. de R. D. l. 48. ff. de A. R. D.* nulla distinctione facta, cujus conditionis sint fructus[i]: quod & usus probat, teste REBUFFIO *ad Constit. Reg. de fruct. ad art. 1.* JOHAN. A SANDE *l. 5. dec. Fris. tit. 15. d. 1.* JOH. SCHNEIDEW. *ad d. §. 35. num. 5.* Si vero dominus postea superveniat, & fundum vindicet, extantes, una cum fundo, repetere potest. *d. §. 35. l. 22. C. de R. V.* & secundum usum receptum etiam id, quod ex consumtis est lucratus, seu quantum ex iis est locupletior factus[k]. HARTM. PISTOR. *l. 4. q. 25. & 26. n. 19.* CARPZOV. *p. 3. c. 33. d. 28.* Cæterum, qui alienum fundum sciens, & ita mala fide, possedit, non tantum fructus extantes, sed etiam perceptos, eosque, quos diligens paterfamilias percipere potuisset, cum ipsa re, restituere tenetur, deductis solum impensis necessariis, *d. §. 35. I. de R. D. l. 22. C. de R. V. §. 2. I. de off. jud.*

scripsit, ut actione in factum contra dominum chartæ experiri possit *L. III. & §. penult. D. ad exhibend.* hic vero dubio procul de isto casu cogitant, quando in scripturam magis, quam in chartam cadit pretium affectionis.

h) UTUT enim non omnis picturæ Apellis & Parrhasii artem præ se ferat, arti tamen pictoriæ generatim hoc videtur privilegium esse tributum, ut tabula picturæ cedat, maxime, cum pretium affectionis in hanc, non in illam, cadat. Quare etiam Justinianum, existimo, in *§. XXXIV. J. de Rer. Divis.* Apellis & Parrhasii picturam exempli solum loco posuisse, cæterum autem in ea causa fuisse, ut in favorem artis pictoriæ aliquid singulare statueret. Inde ubique pictori electionem concedit, utrum tabulæ pretium restituere, an domino tabulæ picturam, sub conditione pretii restituendi, relinquere velit.

i) SUNT enim alias vel naturales, iique in specie, quos absque magno impendio terra profert, vel industriales, qui operam aut impendium requirunt, vel civiles, qui non ex ipsa re, sed occasione rei proveniunt v. c. merces locationis. Hos omnes bonæ fidei possessor lucratur irrevocabiliter, modo sint percepti, a fundo separati & consumti. Pendentes vero & extantes, utut separatos, revocabiliter. Fingitur enim, tanquam bonæ fidei possessor sit dominus, donec verus dominus superveniat, & sic eo usque fructus etiam suos facit. Ut vero rationis est bonæ fidei possessori, qui fructus lucratur, impensas non restitui, quippe quas cum fructibus compensare debet *L. XLVIII. & LXV. de Rei vindic. L. XVI. C. de Evictio n.* ita e contrario æquitati etiam naturali convenit, ut dominus superveniens, quatenus ipsi fructus cedunt, impensas restituat, cum fructus non intelligantur, nisi deductis impensis.

k) HIC usus tamen vereor, ne, si Saxoniam spectes, cum jure patrio aperte pugnet. Certe tam clara in JURE PROVINC. *L. II. art. XLIV.* extat dispositio, vi cujus bonæ fidei possessor absque ulla distinctione a restitutione fructuum, etiam extantium, liberatur, ut mirer, in alia ire potuisse interpretes. Et de ipsa Praxi in Saxonia, quæ bonæ fidei possessori omnes fructus perceptos adjudicat, testatur ZIEGLER *de jur. majest. L. I. cap. XXXIII. §. LXXXIII.* Imo vereor omnino, ne iste usus, quatenus bo-

LV. Praeterea sciendum, quod usufructuarius quoque[l], item colonus[m], ex re aliena fructus percipiant, & suos faciant, sed ex voluntate domini. §.36. 37. & 38. *d. t. I. de R. D.*

LVI. Fortuita accessio est thesauri, in fundo nostro forte fortuna inventi *l.* 63. §. 1. & 3. *ff. de A. R. D. l. un. C. de thesaur.* Et quidem, si quis ipse in proprio loco, data licet opera, absque tamen magicis artibus, invenerit thesaurum, ipsius est totus. §. 39. *I. de R. D. arg. l.* 63. *pr.* & §. *seqq. ff. de A. R. D.* At si quis in alieno loco, non data opera, invenerit, dimidium thesauri inventi domino soli, & alterum dimidium inventori cedit. add. Constit. Elect. *p.* 2. *C.* 53. ubi vid. Carpz. Sin autem alius data opera in alieno fundo thesaurum invenit, totus domini est *d. l. un. C. de thesaur.* Est autem thesaurus quædam vetus depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. *l.* 31. §. 1. *ff. de A. R.* D. Quando igitur saltem probabiliter constat de domino pecuniæ, non acquiritur quicquam inventori, sed tota domino ejusve heredi restituenda, Carpzov. *d. Conft.* 53. *d.* 7. *n.* 4. Volunt nonnulli, thesaurum ad fiscum pertinere[n]. Grot. *de jur. bell. & pac. l.* 2. *c.* 8. *n.* 7. Peregrin. *de jur. fisc. l.* 4. *c.* 2. verum res judicatæ hac de re variant, ut videre est apud Christineum *vol.* 5. *decis.* 16. & 17. Gregor. Tholos. *Synt. l.* 3. *c.* 11. *num.* 6.

næ fidei possessorem restitutione fructuum consumtorum, ex quibus locupletior factus est, onerat, analogiæ juris civilis contrarius sit. Quodsi enim pro vero domino habetur, donec alter, qui pinguius jus habet, superveniat, id ipsi omnino dandum erit, ut fructus, quæ tanquam dominus consumsit, lucretur, maxime cum idem consumtionis, qui usucapionis, sit effectus. *L. IV.* §. *XIX. de Usurpation.* Quare non dubito, quin JCtis Saxonicis cum Wernhero *P. I. obs. CCCXVIII.* accedam, qui bonæ fidei possessorem a restitutione fructuum consumtorum liberant, cum & Jus Civile, ut dixi, idem suadeat, ceu legibus variis comprobat Layser. *Specim. XCIX. med. V.*

*l*) Nempe pendentes usufructuario mortuo ad proprietarium transeunt de Jure Civili, deductis tamen impensis; perceptos heredes usufructuarii indistincte lucrantur, & quidem irrevocabiliter, quia usufructuarius voluntate domini fundum possederat, quod in bonæ fidei possessore secus erat. Huic enim cum domino circa fructus perceptos extantes concurrenti, dominus superveniens præferebatur. De jure Saxonico infra videbimus.

*m*) Est tamen quædam, eaque insignis, inter usufructuarium & colonum ratione juris percipiendi fructus differentia; Jus enim usufructuarii est personale, atque sic morte usufructuarii jus fructus ulterius percipiendi statim cessat. Ast jus coloni ex contractu est oriundum, & plerumque ad certum temporis spatium adstrictum. Ideo vero, colono ante finitum tempus locationi destinatum mortuo, jus fructus percipiendi ex contractu ad heredes coloni transmittitur §. *fin. J. de Location.*

*n*) Hoc etiam Jure Germanico antiquo statutum esse, quidam colligunt ex Jure Provinc. Saxon. *Lib. I. art. XXXV.* Ubi compilator ait: *Alle Schätze unter der Erden begraben, tiefer denn ein Pflug gehet, gehören zu der Königlichen Gewalt.* Vereor autem, ne hæc verba de metallifodinis magis, quam de thesauris accipienda sint. Vocem enim *begraben* non defossum sed effossum significare, apte judicat Bayer. *Jur. German. L. II. cap. IV. posit. III.* Et Doctores Saxonici omnes uno fere ore fatentur, de metallis ibi sermonem esse. Ita Zobelius *ad d. art. XXXV.* Simon Pistoris *Consil. IV. n.* 7. Haigius *Lib. I. Qu. XIII. n.* 32. Rauchbar. *P. I. Qu. XXII.* Ita etiam ipse Legislator Saxo per interpretationem authenticam in *Constit. LIII. P. II.* Quicquid sit, hodie in Saxonia sequimur Jus Civile, nec fisco jus in thesaurum inventum competit, nisi media illicita inventor adhibuerit. Sin licita in fundo proprio, totus inventori thesaurus cedit. In loco alieno inventus inventori non prodest, sed domino est restituendus, nisi casu fortuito inventus sit, siquidem tum dimidia pars jure inven-

GROT. *introd. l. 2. c. 4.* In dubio itaque contra fiscum respondendum, & jus commune Romanum attendendum. CARPZOV. *d. l.*

LVII. Ex domini prioris voluntate in alterum transfertur dominium, vel ita, ut in personam certam voluntas conferatur. §. 40. *& seqq. I. de rer. divis.* vel in personam incertam. §. 45. (*al. ed.* 46.) *I. d. t.* Prius fit per traditionem [o], quæ est actus, quo dominium ab eo, qui habet potestatem, & animum quid transferendi, in alium accipientem transfertur, *d.* §. 40. *I. l. 9.* §. 3. *ff. de A. R.* D.

LVIII. REQUIRITUR ergo [p] 1.) ut tradens habeat potestatem transferendi, seu alianandi [q] *pr. I. quib. alien. lic. vel non.* 2.) ut habeat animum transferendi [r], qui exprimitur per titulum seu causam, ad transferendum dominium habilem. *d.* §. 40. 3.) ut fiat traditio vacuæ possessionis & alter rem accipiat [s]. *l. 50. l. 46. & 47. ff. de R. V. l. 36. ff. de A. R. D.* atque isthæc traditio & apprehensio ad acquirendam possessionis inventori cedit. Et sic inventor, sive operam adhibuerit, sive casu in thesaurum inciderit, quantitatem ejus detegere debet, concurrente vero inficiatione, maxime si dolus adsit, & tortura locum habere, & pœna furti applicari potest.

*o*) HANC inter modos acquirendi dominii naturales relatam esse a Justiniano ex § *XL. J. de Rer. Divis.* constat. Nec abludit *L. XX. C. de pact.* Sed recte monet GROTIUS de *Jur. Belli & Pac. Lib. II. cap. VIII.* §. *XXV. & cap. XII.* §. *XV.* ibique ZIEGLERUS, omnem alienationem Jure Naturali ex sola voluntate domini efficaciam habere, præterque acceptantis consensum amplius quid non requiri, add. HUBERUM *Digression. Lib. IV. cap. VIII.* THOMASIUM *Jurispr. Div. Lib. II. cap. X.* §. *CLVI.* Quia vero animus alienandi clarius elucet, quando traditio accedit, gentibus placuit, ut ea in transferendo rerum dominio adhiberetur, maxime, cum Reipublicæ etiam intersit, ut dominia rerum sint certa, extraque dubium ponatur, cujus quisque fundus sit. Hinc defectus traditionis translationem dominii impedit, & ex pluribus unius rei emtoribus ille reliquis præfertur, cui res tradita est, utut ratione temporis & promissionis posterior sit, nec ab iis conveniri potest *L. XV. C. de Rei vindicat.*

*p*) PRAETER hæc tamen requisita ab Auctore enumerata, Jura Germanica resignationem judicialem in alienatione bonorum immobilium olim desiderarunt, & antequam ea peracta sit, dominium transferri negarunt. JUS SAXON. *L. I. art. VIII. & LIX.* JUS SUEVIC. *art. CCCVIII.* JUS LUBEC. *P. III. Tit. VI. art. I.* Idque jus hodie adhuc in plerisque provinciis usu servari, nec Saxonibus proprium esse, probat LEYSER. *Spec. CCCCXL VI. med. III.* Cæterum omissa resignatione contractus non est nullus, sed emtor ad ejus implementum recte agit.

*q*) CUI renunciasse non videtur, etiamsi ali rem jam promiserit. Nihilosecius enim, ut diximus, ille, cui res traditur, verus rei dominus constituitur, modo tamen non sciat, rem alteri jam esse promissam. Tum enim fraudis fit particeps. Sicuti vero leges generatim decipientes beneficiis juris privant *L. X.* §. *III. quæ in fraud. cred.* ita & æquitas postulat, ut posteriori, cui res tradita, illo in casu præferatur ille, cui res solum promissa. BRUNNEMANN *ad L. XV. C. de Rei vindic. n. 6.* BERGER. *Elect. Supplem. P. II. p. 216.*

*r*) NUDA igitur traditio nihil operatur, nisi præcesserit titulus ad transferendum dominium habilis *L. XXXI. pr. de Acqu. rer. domin.* cum plures possint esse traditionis causæ absque animo dominium transferendi. Quare in tradente voluntas & cogitatio de dominio transmittendo, in acceptante cogitatio de dominio acquirendo adesse debet *L. LV. D. de Obligat. & Actionib.* Et sic etiam diversa cogitatio effectum transferendi dominii non habet. *L. XVIII.* §. *I. D. de reb. credit.* Quodsi vero uterque de dominii translatione cogitet, etsi in titulo translationis non conveniant invicem, dominium recte transfertur STRICK. *de jur. sensuum Diss. X. cap. IV. n. 30. sqq.*

*s*) HAUD itaque integrum est ei, cui res promissa, eam privata auctoritate occupare. Sed spolium committit, imo amissione juris sui punitur. §. *I. J. de vi bonor. rapt. L. XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.*

nem semper est necessaria, *l. 23. pr. ff. de acquir. vel amitt. poss.* licet dominium aliquando ex speciali legis dispositione, etiam sine traditione acquiratur[t]. *l. 80. ff de leg. 2. l. 44. §. 1. ff. de leg. 1.*

LIX. In causa itaque seu titulo consistit promissio seu obligatio, & jus ad rem. *l. 3. pr. ff. de O. & A. l. 126. §. 1. ff. de verb. obl.* per traditionem vero ipsum dominium constituitur & acquiritur. *l. 20. C. de pact.* add. Syntagm. nostr. Feud. *c. 7. aph. 2.* Illud, quoad traditionem ex causa emtionis, singulare est, quod dominium non transeat per solam traditionem, nisi quoque pretium rei emtæ venditori sit solutum, vel alio modo ei satisfactum, vel etiam venditor fidem de pretio expresse habuerit[u] §. 41. *I. de R. D. l. 19. ff. de contrah. emt. l. 5. §. 18. ff. de tribut. action.*

LX. Est vero traditio alia propria, rerum scilicet corporalium. *l. 43. §. 1. ff. de A. R. D.* alia analogica, rerum nimirum incorporalium, quæ licet per se tradi nequeant, *l. ult. ff. de servit.* cum rebus tamen, quibus inhærent, traditis, vel patientia domini, alium re sua uti patientis, & ipsæ ut quasi possessæ, sic etiam quasi traditæ censentur *d. l. ult. it. l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem. act. l. 3. pr. ff. de usufr. l. 1. §. ult. de servit. rust. præd. l. 6. §. 1. ff. si servit. vind. l. 3. §. 2. ff. de action. emt.*

LXI. Propriae traditionis modi, per quos acquiritur, sunt vel veri, nimirum cum res de manu in manum nobis traditur, qui modus, maxime proprius, mobilibus rebus competit. *l. 3. §. 3. in fin. ff. de acquir. vel amitt. poss.* vel ficti, scilicet 1) cum res brevi manu traditur, *l. 43. §. 1. ff. de jur. dot.* ut si quis rem suam alteri locatam, commodatam, depositam, &c. postea permittat, ex causa venditionis vel donationis, apud ipsum permanere: tunc enim fingitur, ac perinde est, ac si res mea v. g. deposita, mihi reddita, & a me illi vicissim, ex emtionis similive titulo, tradita sit, vid. *l. 9. §. 5. ff. de A. R. D. l. 21. pr. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. 18. ff. de precar. l. 6. ff. de donat. l. 62. pr. ff. de evict. l. 15. ff. de reb. cred. l. 9. §. 5. ff. de A. R. D.* Huc etiam pertinet, cum quis constituit, se rem, ante suam, nunc alieno nomine possidere[x]. vid. *l. 18. pr. l. 21. pr. & §. 3. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. 77. ff. de R. V. l. 28. C. de don.*

t) Id generatim, si mores nostros spectes, juris est in successionibus Jus Suevic. *cap. CCLXIV.* Jus Saxon. Provinc. *Lib. III. art. LXXXIII.* add. Schilter. *Exerc. XV. th. XIII.* Deinde Jure Magdeburgico traditione in transferendo rerum inobilium dominio non opus est, vid. Ordin. Polit. *cap. XXII. §. III.* Jure vero Romano dominium non generatim solum, quando hereditas defertur, ipso jure transit, sed etiam idem obtinet 1) in re legata *L. LXXX. de Legat. II.* 2) in fideicommissis *L. VI. C. quand. dies legat.* 3) in donationibus Ecclesiæ, piis locis vel civitatibus factis *L. XXI. C. de SS. Eccles.* 4) in re donata, usufructu retento *L. XXVIII. C. de donat.* 5) si donator sibi alimenta reservavit *L. I. C. de donat. sub mod.* 6) in societate omnium bonorum *L. I. §. I. D. pro socio* 7) si quis rem ex alia causa jam possideat, *§. XLIII. J. de Rer. Divis. L. XXI. D. de acquir. rer. domin.*

u) Id est, consenserit, ut certus solutioni terminus præfigeretur. Neutro facto, pretio nimirum neque soluto, neque fide de eo habita, venditori integrum est, rem, tanquam suam, præsertim, si debitor bonis labatur, vindicare. Estque tale negotium inter mercatores admodum frequens, *wenn sie die Waaren in Commiss geben.*

x) Quod vocant constitutum possessorium. Eoque ipso creditor sibi maximopere consulere potest, quando ipsi hypotheca constituitur. In casum moræ enim, a debitore ratione solutionis commissæ, debitor rem, hypothecæ obnoxiam, non amplius suo, sed creditoris nomine possidet. Hac vero ratione constitutum, utut traditio non fiat, creditori actionem realem tribuit. Wernher. *P. I. obs. CCLXXXII.*

§. 42. *I. de R. D.* TIRAQ. *tract. de conft. poffeff.* 2.) cum longa manu res traditur[y], vel propius demonftrata, vid. *l.* 79. *ff. de folut. l.* 1. §. 21. *l.* 51. *l.* 18. §. 2. *ff. de acquir. vel amitt. poff.* vel e longinquo. *d. l.* 18. §. 2. *verb. in mea turre.* Aliquando fymbola quædam adhibentur, rem repræfentantia[z]: veluti, fi quis traditione clavium[a] res inclufas. §. 44, (*al. edit.* 45.) *I. de R. D. l.* 9. §. 6. *ff. de A. R. D. l.* 74. *ff. de contrah. emt. l.* 1. § 21. *in fin. de acquir. vel. amitt. poff.* traditione inftrumenti[b], h. e. documenti litterarii, res ifthoc inftrumento defcriptas, cuidam tradidiffe fubintelligitur. *l.* 1. *C. de donat. l.* 77. *ff. de R. V.* Sic etiam confignatione rei emtæ quafi traditio fieri folet[c], quando nimirum per eandem; venditione jubente, emtor merces fuas emtas, tanquam fibi traditas, ab aliarum mercium numero fegregat. *l.* 14. §. 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.*

y) AUCTOR hanc traditionis fpeciem fictis annumerat. Mallem vero ego non hanc folum, fed & fymbolicam traditionem ad veras traditiones referre. Fingere enim eft, aliquid factum effe, mente concipere, quod tamen non eft factum. Ubi vero factum intercedit, ibi fictione non opus, neque illi locus eft, cum veritas loquitur. In traditione vero longæ manus revera aliquid agitur, actusque intervenit traditionis, non quidem de manu in manum, nec per inductionem in fundum, fed tamen per demonftrationem, quæ loco traditionis eft. HUBER. *Prælect. ad Juft. tit. de Rer. Divif. pof. LVII.* Pari ratione in traditione fymbolica aliquid agitur, quia analogum quoddam & fignum intervenit, rem repræfentans, quod, rem traditam effe, fignificat. Nec otiofa eft hæc obfervatio. Vexatiffima enim inter Doctores ventilatur controverfia, quisnam in concurfu plurium rei cujusdam emtorum alteri præferatur, illene, cui res vere, an ille, cui ficte tradita eft? Eamque quidem in favorem veræ traditionis cum GOTHOFREDO *ad L. XV. C. de Rei vindic.* decidendam puto, etiamfi ficta traditio tempore prior fit. Cum iis vero nequiquam facio, qui & traditionem longæ manus & fymbolicam illi, quæ de manu in manum, vel per inductionem in fundum facta eft, poftponunt.

z) ATQUE hac traditione majores noftri fibi adeo mirifice placuerunt, ut fere femper & ubique, quando de transferendo rei immobilis dominio fermo effet, figna adhiberent, rem repræfentantia, non rem ipfam traderent. Ifte vero actus inveftitura vocari confuevit. Nec præcife, quod Romanis alias folenne erat *L. LXXIV. D. de contrah. emtion. L. I. §. XXI. de acquir. poffeff.* requirebant rei præfentiam, fed valida nihilofecius erat traditio, abfente licet re facta. Quare etiam plerumque adhibebant figna, quæ cum ipfa re tradenda affinitatem aliquam habebant: Pertinet huc Scotatio, Effeftucatio, Laifowerpum, traditio per ftipulam, idque generis plura exempla, de quibus late egi in *Differt. de traditione fymbolica.* Manfit hæc traditio in transferendis feudis in viridi obfervantia, fupereft etiam ejus ufus in quibusdam locis, quando dominium rei immobilis allodialis traditur. Ipfeque ille ritus, qui in executionibus, quæ contra debitores decernuntur, hodie adhuc adhibetur *durch Anhauung eines Spans*, ex inftitutis majorum noftrorum procul dubio derivandus eft.

a) MODO tamen, ut dixi, in confpectu rei fiat, in qua merces transferendæ continentur, quippe quod leges præcife requirunt. Quamvis diffiteri nolim, pacto etiam effici poffe, ut dominium, re licet extra confpectum pofita, traditione clavium translatum cenfeatur, quod, quomodo caute fiat, docet STRYCK *Cautel. Contract. Sect. II. cap. VIII. §. XXII.* Caeterum ejusmodi traditionem clavium hodie in Saxonia eo in cafu effe frequentem, quando fœmina geradam, retento ufufructu, donat, ex *Conftit. Elect. XIV. P. II.* difcimus.

b) ANTIQUI nimirum, quod titulum continet, quo res ad venditorem pervenit *L. I. C. de donation.* Inftrumentum enim fuper præfente contractu confectum eum effectum non habet, etiamfi venditor in illo, fe rem tradere, declaraverit *L. XLVIII. de acquir. poffeff.* nifi forfan verba ita concepta fint, ut venditor declaret expreffe, fe mediante hoc inftrumento rem emtori tradere STRYCK *loc. allegat.*

c) TUM nimirum, quando emtor certam fpeciem fignat. Nam in rebus mere fungibilibus, five per averfionem, five ad certam quantitatem venditis, fignatio per fe effectum traditionis non habet, cum alius ejus poffit effe finis, v. c. ne vinum fubmutetur *L. I. §. II. D. de peric. & commod. rei vend.* Cæterum inter mercatores in-

LXII.

LXII. IN personam incertam collata voluntas domini, transfert rei proprietatem, quando quis missilia jactat in vulgus [d]: ignorat enim, quid quisque excepturus sit, & tamen, quia vult, quod quisque acceperit; id ejus esse statim, eum dominum efficit. §. 45. (*al.* 46.) *I. de R. D. l.* 9. §. 7. *ff. de A. R. D.* Simili ratione, si rem pro derelicto habitam [e], h. e. eo animo abjectam, ut dominus in numero rerum suarum eam esse nolit, quis occupaverit, dominus fit. §. 46. (*al.* 47.) *l. d. t. tot. tit. ff. pro derel.*

LXIII. ALIA est causa earum rerum, quæ navis levandæ causa, tempore naufragii ejiciuntur, quæ prioris domini manent, quia palam est, non eo animo illas ejici [f], quod quis eas habere non velit, sed quo magis, cum ipsa navi periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsus, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit [g] §. *ult. I. de R. D. l.* 43. §. 11. *ff. de furt. l.* 8. *ff. ad L. Rhod. de jact. l.* 21. §. 1. & 2. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* Unde etiam naufragorum bona dominis esse relinquenda, & fisco non deferenda, constitutum est in *l.* 1. *C. de naufr. auth. navigia. C. de furt. P. H. O. art.* 218. add. STIPMANN. *de jur. marit. p.* 5. *c.* 1.

LXIV. MULTO magis res casu amissæ; v. c. quæ de rheda currente cadunt, dominorum permanent, nec ad inventores pertinent [h]. *d.* §. *ult. inf. I. de R. D.* Si ta-

valuit mos, ut signatio mercium involucro inclusarum, *wenn sie besehen, gepackt und einballiret seyn*, vicem traditionis habeat, simplex vero signatio ideo facta videatur, ut animum declaret signans, se velle circa has merces contrahere.

*d*) EST hæc antiquissima ambitus species, qua apud Romanos magistratus majores, noviter designati, sigillatim Consules atque Prætores, sub auspiciis muneris, distributione nummorum viritim facta populi benevolentiam captarent, ceu præclare admodum docuit CICERO *in Lib. de petition. Consulat.* Utilitate vero rei perspecta non dubitarunt postea Imperatores, dum imperium auspicabantur, quin consuetudinem conservarent, auramque popularem captarent, substituta in locum distributionis sparsione missilium. Verum & permissu Imperatorum Consules & Prætores jus hoc exercuisse, ex § *XLIV. J. de Rer. Divis.* apparet. add. FABRI *Semestr. ad L. XX. D. de origin. Jur.*

*e*) FIT enim talis res, quam Dominus sibi amplius habere nonvult, res nullius, modo tamen de animo, quod quis rem dereliquerit, clare constet. Sola enim abjectio non sufficit. Sed, ut derelinquens sui juris, animique compos sit, taleque factum vel non factum accedat, necesse est, ex quo seria voluntas, rem amplius non habendi, colligi possit. Hæc vero, si adsunt, dubium non est, quin res mobilis æque ac immobilis occupari possit, quam posteriorem derelictionis speciem late prosecutus est LEYSER. *Spec. CCCCXLIII.*

*f*) VERUM distinguendas esse res ejectas, existimo. Earum enim intuitu, quæ aqua non pereunt, animus quidem eas recuperandi conservari potest, cum experientia doceat, ejusmodi res per urinatores sæpius iterum extrahi. Quodsi vero res ejecta ejus naturæ sit, ut aqua non possit non perire, v. c. Saccharum, Sal, jactus vix esse poterit absque animo rem derelinquendi. Et de his procul dubio accipienda est *L. XLIII. § XI. D. de furtis.*

*g*) HODIE jus bona naufragorum occupandi, ex antiqua Germanorum consuetudine fisco vindicatur. Quod improbat quidem CONSTIT. CRIMIN. *art. CCXVIII.* Sed mansit tamen idem illud in locis præsertim maritimis septentrionalibus in viridi observantia, & sub voce *des Strand-Rechts* exercetur. Imo tantum abest, ut injuriam fieri naufragis per hanc occupationem credant, quin potius precibus publicis Deum implorare soleant, velit illi juri ex alto benedicere. Justitiam ejus defendendam suscepit BEYER. *Jur. German. Lib. II. cap. VI.* Cæterum, quamvis in Germania plerumque cesset occupatio istiusmodi bonorum, æquitatis tamen creditur, ut accolis littororum exsolvatur inventionis vel servationis præmium, *Bergegeld*, ne frustra naufragos eorumque bona perire patiantur. IDEM *d. l.*

men quis tulit, redditurus ei, qui desideraffet, furti non obligatur: & solent plerique libellum proponere, seu per proclamationem publicam significare, se rem aliquam invenisse, & reddituros ei, qui desideraverit, & dominium probaverit. *l.* 43. §. 8. *ff. de furt.* & tunc inventionis præmia non quidem peti; sed sponte oblata, aut promissa, accipi possunt, *d. l.* 43. §. 9. *de furt.* conf. *l.* 15. *ff. de P. V.* Quodsi vero post libellum propositum, vel publicam proclamationem, nemo appareat, qui rem inventam repetat; communiter inventori, elapso tempore, quod præfigi domino solet, addicunt, monentes, divitem pie facturum esse, si in usus & alimoniam pauperum converterit. *arg. auth. omnes peregrini C. commun. de success.* CARPZOV. *p.* 3. *C.* 31. *d.* 18. *num.* 7. jure Saxonico duæ partes fisco, tertia inventori cedit [i]. CARPZOV. *d. l. n. ult.* add. LAND-R. *art.* 29. & 37. Sin proclamatione hac neglecta, lucri sui causa, rem inventam occultet clanculum, vel a se repertam, domino privatim publiceque inquirente, inficias eat inventor, furti se obstringit, & pro ratione circumstantiarum, si postea patefacta fuerit inventio, punitur. LAND-R. *d. art.* 37. add. *l.* 43. §. 8. *ff. de furt. c.* 6. *it. c.* 8. *c.* 14. *q.* 5.

ADD. *Lib.* 2. *Tit.* 1. *I. de rer. divis. & acq. ipsar. domin.*

## TITULUS II. DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS ITEM MOBILIBUS ET IMMOBILIBUS.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Res corporales, & incorporales.* L. 1. ff. t. 7. de divis. rer. & qual. II. *Res mobiles,* III. *immobiles vel naturaliter vel civiliter:* IV. *Analogita.*

I. ANTEQUAM reliquos modos acquirendi dominium exponamus, sciendum est, quod res, quæ in patrimonio nostro sunt, sint vel corporales, vel incorporales [k]. Res corporales dicuntur ipsa corpora naturalia, atque ex his efformata

h) UT igitur dominus Rei vindicatione recte utitur, ita hoc singulare est, quod ei permittatur, fundum, quo res amissa continetur, ingredi, remque suam propria auctoritate occupare, modo tamen domino fundi de damno ea occasione dato respondeat. BERGER. *Oecon. Jur. p. m.* 234. Verum hoc in casu sine dubio erit præsupponendum, quod fundi dominus non contradicat ingressui & occupationi. Hanc enim contradictionem, si vilipendat dominus rei amissæ, hancque ipsam nihilofecius sua auctoritate occuper, actio de spolio locum omnino contra eum habebit.

i) IMO & hæc inventori cedit præmii loco, si dominus rei amissæ eam sibi iterum vindicat, modo forensis sit. Sin res subditi sit, præmium cessat, certe recte non exigitur, utut oblatum sponte honeste accipiatur, vid. CARPZOV. *Pr. Crimin. P. II. qu. LXXXVI. n.* 7.

k) TOTAM hanc distinctionem ex Philosophia Stoica esse, præclare docet NOODTIUS *Probab. Lib. II. obs. III.* & HEINECCIUS *Antiqu. Roman. Lib. II. Tit. II.* JCti enim Stoicis principiis innutriti non satis habebant, ut ex doctrina morali Stoicorum dogmata ad sapientiam civilem transferrent, sed & Physiologicas eorum sententias juris auctores suas fecisse, ipse demonstravi in *Specimine Philosoph. JCtor. Stoic. ex L. LXXVI. de Judiciis.* Quare mirum non est, quod & primam rerum omnium distinctionem in corporales & incorporales mutuo a Philosophia sumserint, ipsasque definitiones harum rerum simul retinuerint, imo, teste Pomponio in *L. XXX. D. de usurpation.* omnem rerum corporalium distinctionem ad Jurisprudentiam applicaverint. Erat autem Stoicis corpus, quod tangi potest. SENECA *Epist. CVI.* sive quod in sensus incurrit. Ea enim his Philosophis sedebat opinio, omnes sensus operationes suas edere mediante contactu. Sic vero non præcise actum

artificialia, quæ ab aliquo externo, quo percipi possunt, sensu describuntur, quod tangi possint. *§. un. I. de reb. corp. & incorp. l. 1. §. 1. ff. de divis. rer. & qual.* Incorporales sunt relationes, seu qualitates quædam morales, quas jus, circa personas & res corporales, produxit, unde *dd. text.* dicuntur *in jure consistere*, & e contrario describuntur, quod tangi non possint, ut servitutes, obligationes &c. *dd. text.*

II. PORRO res distinguuntur in mobiles & immobiles. *l. 15. §. 2. ff. de re jud.* quæ distinctio, licet proprie spectet ad res corporales, per analogiam tamen aliquando etiam ad jura, seu res incorporales, accommodatur. Res mobiles sunt, quæ manentes integræ vel salvæ, de loco suo movari, ac in alium transferri commode possunt: sive principium motus in ipsis natura sit, ut sunt equi, boves, oves; sive ab alio moveantur. *l. 93. ff. de V. S.* Non autem satis constat inter Interpretes, quid dicendum sit de mercibus in tabernis, nec non de lectis in diversoriis: qua de re consulas MENOCH. *lib. 4. præsumt. c. 137. n. 4.* COLER. *dec. 286. n. 164.* BERLICH. *p. 3. concl. 30. n. 22. & p. 2. concl. 29. num. 39.* CARPZOV. *p. 3. C. 24. d. 9. & 10.* RICHTER. *de success. sect. 4. membr. 2. num. 13.* addi etiam potest rescriptum Electoris Sax. quod citat. BERLICH. *de conclus. 29. n. 8.* item de molendinis navalibus vid. SYNTAGM. NOSTR. FEUD. *cap. 6. aph. 11.* nec non de alveis apum CUEVA. *decis. 26. n. 34.*

III. RES vero immobiles sunt vel naturaliter, vel civiliter tales. Naturaliter immobilis est res corporalis, quæ natura sua moveri nequit; ipsum nimirum solum,

tangendi, ut corpus ab aliis distingueretur, desiderabant, sed potentia tangendi sufficiebat, quodque in sensus per tactum incurrere posset. Confer. JACOB. THOMASIUM *in Diss. de sexto sensu Stoicorum* ejus libello de Stoica mundi exustione adjecta. Quicquid itaque in sensus non incurrebat, id incorporale dicebant, nec existere quidem, sed intelligi solum credebant. Indeque erat, quod JCti res incorporales iis magis, quæ non essent, quam, quæ essent, annumerarent, servitutesque neque in bonis, neque extra bona esse dicerent *L. I. D. de Usufr. legat.* siquidem proprie incorporalis res non sunt, & ideo jurium nomen iis magis conveniat, fierique possit, ut una res diversa ratione mox corporeis mox incorporeis respectu ad qualitatem rei cohærentem habita annumeretur, cujus rei exemplum dedit HEINECCIUS *d. l. §. III.* Quæ, cum ita sint, facile patet, cur JCti ea, quæ de corporalibus proprie prædicabant, incorporalibus improprie solum tribuerent. Res anim incorporales proprie non possidentur, proprie non sunt in dominio, proprie non tradi possunt. Hinc ubique fictione opus, & quasi possessio, quasi dominium, quasi traditio excogitanda erat. HUBER. *Prælect. ad Instit. h. tit.*

*l)* CUM vero multum intersit in effectu inter res mobiles & immobiles, v. c. in usucapione, præstanda cautione, alienatione, successione, pluribusque aliis juris nostri argumentis, vid. BÖHMER. *Jus Digestor. tit. de rer. divis. §. XIV.* quam maxime necessarium est, ut res mobiles & immobiles ab invicem probe discernamus, imo optandum omnino, ut Legislatores sua auctoritate diversas interpretum sententias componerent, quod in Saxonia factum esse, variis in medium allatis exemplis docui in *Introd. in Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. I. §. VIII. seq.* In eo omnes conveniunt, res mobiles sua natura tum tamen jure immobilium censendas esse, I) quando accessoria sunt fundi. Sic fructus pendentes pars fundi sunt *L. XLIV. D. de Rei vindic.* & post perfectum jure contractum ad emtorem pertinent. *L. XIII. C. de action. emti.* Sic sub voce ædium, tanquam sub toto, omnes ædium partes comprehenduntur, & in emtorem transeunt, etiamsi nulla earum mentio facta sit in contractu *L. XIX. de action. emti*, ut sic venditor necesse habeat, clare exprimere, si quas accessiones eximere, sibique reservare cupit *L. XCIX. de Verb. obligat. L XXXIX. de pact.* Sigillatim immobilibus II) annumerantur res mobiles, quæ perpetui usus gratia ad rem immobilem sunt destinatæ, quod nostro idiomate ita exprimere solent, *was Erd- Band- Wand- Nied und Nagel feste ist.* Denique III) legislatores rei sua natura mobili

fundus, ager, aut solo natura arteve firmiter cohærens. Civiliter pro re immobili habetur aliquando, certis in materiis, res corporalis, natura mobilis, quæ ad rem quandam immobilem pertinet ita, ut ab ista civiliter separari nequeat. Exempla legas apud CARPZ. *p.* 1. *C.* 5. *d.* 19. MEV. *ad jus Lubec. l.* 3. *tit.* 5. *art.* 5. *n.* 8.

IV. PORRO per analogiam [m] ex rebus incorporalibus, quæ sua natura neque mobiles, neque immobiles sunt, rebus mobilibus accensetur ista, quæ rei mobili inhæret, & ratione rei mobilis competit, vel ad petendam rem mobilem destinata: ut nomina personalia, & actio v. g. ex mutuo. Rebus autem immobilibus æquiparantur res incorporales, quæ rebus immobilibus inhærent, ac ratione earundem competunt; ut & actiones, quibus res immobiles persequimur, ut quæ alias, ob perpetuum usum, immobilibus accedunt: ut jurisdictio, servitutes, reditus annui, pecunia, ex rebus hereditariis immobilibus, distinctis terminis debita, (*Erbgeld, so unbetagt ist*) vid. GAIL. *l.* 2. *c.* 10. COLER. *decis.* 69. *n.* 9. *& de process. exec. P.* 1. *c.* 3. *n.* 244. NOV. ELECT. AUG. *p.* 3. *C.* 31. ibique CARPZ. BERLICH: *p.* 3. *concl.* 31.

ADD. *L.* 2. *T.* 2. *I. de reb. corpor. & incorp.*

## TITULUS III. DE SERVITUTIBUS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Servitutis descriptio:* L. 8. ff. t. 1. de servitut. II. *Divisio in reales & personales.* III. *Servitutes real. s. prædiorum & quidem rusticorum, vel urbanorum.* IV. *Potiora jura prædiorum rusticorum sunt.* 1. *iter*, L. 8. ff. t. 3. de serv. præd. rust. V. 2. *actus*, VI. 3. *via*, VII. *quæ vel est privata.* VIII. *vel publica. Quid obtineat, curribus in via arcta sibi occurrentibus.* IX. 4. *aquæ ductus.* X. 5. *aqua haustus.* XI. 6. *pecoris ad aquam appulsus.* XII. 7. *jus pascendi.* XIII. *Aliæ servitutes rusticæ.*

I. SERVITUS in genere est jus, aliena in re constitutum, quo libertas, domino alias in re competens, adimitur ita, ut ad alterius utilitatem aliquid in suo pati teneatur [n], vel non facere [o]. *l.* 15. §. 1. *ff. de servit.* §. 4. *I. de servit.*

eum, quem res immobiles habent, tribuere aliquando solent effectum v. c. quando eum, qui tabernam instructam habet, eumque, qui salarium publicum percipit, a præstatione cautionis judicialis liberant, eodemque jure hunc, quo possessorem bonorum immobilium, censent.

m) FIT hoc extra ordinem & per modum exceptionis, quando distinctio rerum mobilium & immobilium rebus incorporalibus applicatur, cum proprie quies & motus de re incorpores prædicari nequeat. Habentur vero pro mobilibus vel immobilibus, & jura de his obvia ad jura extenduntur, I) quando, qui de rebus suis disponunt, ita generaliter loquuntur, ut, quamvis mobilium solum & immobilium mentionem faciant, intentio tamen eorum commode de juribus accipi possit. Eaque observatio præsertim usum habet in quæstione, an hypotheca generalis nomina quoque & jura complectatur. II) Quando rei mobili vel immobili inhærent. III) Quando ratione rerum mobilium vel immobilium competunt. Sic v. c. rei mobilis vindicatio pro re mobili habetur. IV) Ratione quoque facultatis exigendi jura mox mobilibus mox immobilibus annumerantur, quod usum habet in annuis reditibus.

n) SUNT igitur servitutes vel affirmativæ vel negativæ. Illæ, quando dominans facit, & serviens patitur. Hæ, quando nec dominans aliquid facit, sed serviens, quod sibi relictus facere potuisset, omittit vel non facit. Usus in eo consistit, quod affirmativæ non acquirantur, nisi exercitio & patientia, atque ideo quasi traditio requiratur; Negativæ vero sola permissione

II. Ista utilitas alteri ex re aliena obvenit vel mediate, vel immediate: hinc aliæ servitutes personales, ubi utilitas ex re aliena immediate ipsi personæ obvenit [p], ut sunt ususfructus, operæ servorum; usus, habitatio; aliæ reales, seu prædiales, ubi ex re aliena, per rem nostram utilitatem capimus, & ita proxime res ista, seu prædium alienum, prædio nostro servit. *l. 1. ff. de servit.*

III. Servitutes prædiorum aliæ sunt prædiorum rusticorum, aliæ urbanorum [q]. Illæ dicuntur, quando prædium rusticum alienum vicini prædio rustico utilitatem præbet: hæ dicuntur, quando prædium urbanum vicino prædio urbano utilita-

acquirantur. Cum enim hic neuter aliquid faciat, quasi traditio per exercitium ex rei natura fieri nequit, & jus ideo reale statim incipit, simulac serviens, se non facturum, promittit. Deinde etiam in negativis præscriptio sibi locum non vindicat, nisi alter prohibuerit, ne aliquid fiat, alter vero acquieverit in prohibitione. Antea enim res in arbitrio servientis posita, & meræ facultatis erat, utrum facere an omittere vellet.

o) Sic vero servitus jure Romano nulla erat, eo fine comparata, ut serviens aliquid faceret. Nec opus est, ut servitutem oneris ferendi excipias, ac anomaliam quandam finges. Quamvis enim leges servienti hic imponant obligationem parietem, quæ onus sustinet, reficiendi *L. XXXIII de servitut. prædior. urban. L. VIII. pr. si servit. vindic.* ea tamen obligatio essentiam servitutis non ingreditur, quia 1) plane abesse potest refectio ab hac servitute, forsan, si ad tempus constituta sit, & paries interim refectione non indigeat, 2) quia id non a natura servitutis dependet, ut paries reficiatur, sed servituti jam constitutæ supervenit. Strauch. *Diss. Justinian. diss. VII. §. XI.* ibique Thomasius. Nostri e contrario Germani hujus subtilitatis Juris Romani, quod servitus non esset, ubi quis faceret, nunquam tantam crediderunt esse efficaciam, quin servitutes sibi quoque constituerent in faciendo consistentes, jusque reale sibi eo fine acquirerent, ut possessor prædii, qua possessor, factum præstare deberet. Pertinet huc jus furni communis, jus bannarium molendinis quibusdam competens, jus operas exigendi patrimoniales, idque generis alia, de quibus præclare egit Thomasius *in Not. ad tit. J. de Servitutib. urban. prædior. & ad tit. D. de usufruct.* Præterea nostrates alias quoque Juris Romani subtilitates in argumento de servitutibus rident, iisque usum in foro neutiquam relinquunt, qua de re vide Leyserum *Spec. CVII. med. I.*

p) Haeque servitutes personales nominantur regulares. Sunt vero & ex realibus quædam ita comparatæ, ut personæ solum constituantur, v. c. servitus itineris, aquæhaustus, quæ ideo, quia ob illam determinationem naturam mutant, irregulares dici consueverunt. Lauterb. *Colleg. Theor. Pract. tit. de servit. §. V.*

q) Solent etiam Doctores rusticorum prædiorum servitutes discontinuas, urbanorum continuas nominare. Illas ad sui exercitium factum hominis semper requirere, has se citra hominis factum, sola servitute prospectus excepta, semper exercere dicunt. Et eatenus tolerari potest hæc distinctio. Quod autem addunt Doctores, servitutes rusticas tanquam discontinuas esse inpræscriptibiles, nisi tempus immemoriale accesserit, id ex male intellecta *L XIV. D. de servitutibus* fluit. In hac enim lege servitutes rusticæ non ideo ab usucapione immunes prædicantur, quia discontinuam causam habent. Sed vera ratio ea potius est, quia res incorporales & jura sunt, & sic usucapionem non admittunt. Hoc vero omnes servitutes tam urbanæ quam rusticæ commune habent. Proprie itaque, quamvis usucapi nequeant, possunt tamen quasi usucapi, maxime, postquam Lex Scribonia id sigillatim disposuit, ut quasi usucapio servitutum locum haberet. Ut autem Lex Scribonia nullam hic inter servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum statuebat differentiam, ita falsissimum est, Romanos in d. Lege fuisse in ea causa, ut illas præscriptibiles, has impræscriptibiles prædicarent. vid. Schilter *Exerc. XVIII. §. VII.* Interim falsa ista legis interpretatio adeo mirifice placuit nostratibus, ut summa etiam Tribunalia non dubitarint, quin usu practico eandem ipsam corroborarent. De Tribunali Wismariensi vid. Mevium *P. IX. Decis. CLXIV.* de Camera Imperii Gailium *Lib II. Obs. LXVI n. VII.* de moribus aliorum judiciorum Stryckium *us. modern. tit. de servit. §. VI.*

tem præbet. Dicuntur vero prædia rustica, quæ usum rusticum habent r: ut ipsi agri ædificia ad agros colendos, fructus colligendos, & pecora habenda, spectantia *l.* 211. *l.* 180. *pr. ff. de V. S.* Urbana, quorum usus est urbanus: & ædificia omnia, ad inhabitandum, commercia exercenda, extructa §. 1. *I. de servit. l.* 1. *comm præd.* juncta *l.* 198. *ff. de V. S. l.* 16. *C. de præd. & al. reb. min.*

IV. POTIORA & frequentiora rusticorum prædiorum jura sunt hæc 1.) iter, quod est jus eundi, ambulandi s hominis per vicinum prædium ad nostrum, ipsius prædii causa *pr. I. de serv. l.* 1. *ff. de serv. præd. rust.*

V. 2) ACTUS (*Viehtrifft*) qui est jus agendi jumentum vel vehiculum t per prædium alienum ad nostrum, *d. l.* 1. *ff. de serv. præd. rust. & d.* §. 1. *I. eod.*

VI. 3) VIA, quæ est jus eundi, ambulandi, agendi, & omnia, quæ ad nostri prædii utilitatem spectant, vehendi, ducendi, ferendi, atque trahendi per prædium alienum, certam a lege determinatam habens latitudinem u. *l.* 7. *ff. l.* 13. §. 2. *ff. de servit. præd. rust.*

VII. DISTINGUITUR autem via in privatam & publicam; de privata hic agitur, per agros nimirum privatorum concessa, qua vicinis propter prædia sua uti licet: hujus latitudo in porrectum octo, in anfractum 16. pedes continere debet *d. l.* 8. *ff. de serv. præd. rust.* Similiter & moribus obtinere tradunt, quod itineris servitus, cu-

r) PRAECLARE enim docet COLUMELLA *de re rustic. Lib. I. cap. VI.* Romanos villas suas in tres ordinarie dividisse partes, urbanamque alteram constituisse, quæ habitationi inserviret, alteram rusticam, in qua villicus cum familia, ut & armenta & equi degerent, fructuariam denique, in qua horrea & cellæ penuariæ occurrerent. Sic igitur prædium urbanum & rusticum non locus, sed usus faciebat. Ea vero ratione prædium rusticum in urbe, & prædium urbanum ruri esse potest.

s) ID est spatiandi voluptatis vel sanitatis gratia, ut recte explicat NOODT *Probab. Lib I. cap. II.* Non itaque jus complectitur agendi pecus, aut ducendi vehiculum *L. I. D. de servitut. rustic. præd.* quamvis dominans sella, aut lectica vehi, aut eques commeare possit *L. VII. & XII. Eod.* Probe tamen hæc servitus itineris est distinguenda ab itinere, quod familiaritatis causa fit. Hoc enim, tanquam precarium revocabile est. *L XV. §. II. de Precar.* Ne vero hæc beneficentia in servitutem degeneret, concedens sibi prospiciat, ut literæ reversales exhibeantur STRYCK. *de jur. familiar. cap. IV.* Cæterum iter jure servitutis constitutum trium pedum esse jubet Jus Saxonicum in WEICHBILD. *art. CXXIX.* quorum quilibet contineat semissem ulnæ *eine halbe gemeine Elle*, BERGER, *Oec. Jur. Lib. II. Tit. III. §. V. n.* 3.

t) JUMENTA sunt animalia vehendis hominibus idonea, vehiculum est, quo persona, non onus, vehitur. Non itaque, hæc servitute constituta, licet vehiculum onustum agere *L. I. & XI. D. de servit. prædior. rusticor.* Latitudo fuit quatuor pedum, ut observat MENAGIUS *Amœnit. Jur. Civil. cap. XXXVI.* Hæc servitus itaque regulariter servitutem itineris simul continet *L. LVIII. de Verbor. obligat.* Recte tamen monet BÖHMER. *Jur. Digestor. tit. de Servitut. præd. rustic. §. II.* posse & pacto servitutem itineris a servitute actus separari, imo ipsam hanc servitutem dividi. Cujus intuitu actum in plenum & minus plenum distinguit.

u) ET altitudinem. Liberum enim spatium versus cœlum ita patere debet, ut hasta erecta absque impedimento ferri possit *L. VII. pr. de Servitut. præd. rustic.* quod nostrates ita explicant, *dass ein beladen Fuder Heu passiren kan.* Quare dominanti etiam jus concedunt, ramos arborum propendentes amputandi, qui impedimento sunt. Patet vero inde, servituti viæ servitutem itineris & actus inesse, adeo, ut si quis iter & actum acceptum tulisset, viæ quoque perimeretur obligatio *L. XIII. §. I. D. de acceptil.* Ut autem hæc lex de eo solum loquitur, quod ipso jure fit, ita certe pactis omnino effici potest, ut iter & actus a via separetur. Clara hanc in rem extat dispositio *L. IV. §. I. D. si servitus vindicetur.*

jus latitudo jure definita non est, ut plurimum trium, aut quatuor sit pedum: viæ autem latitudo ad minimum octo: aut si illa plurium communis futura sit, 12. pedum, ut currus sibi invicem cedere possint. LAND-R. *lib. 2. art. 59.*

VIII. VIA publica huc non pertinet; hujus solum est publicum, & omnibus patet, & hodie ad regalia pertinet ˣ. Cum vero plurimis in locis etiam viæ publicæ adeo arctæ sint, ut currus directe sibi occurrentes, non possint pertransire, nisi alteruter aut retro cedat, aut extra viam deflectat; ideo hic obiter monebimus, quid tunc obtineat. Jure nimirum Saxonico, quod & moribus aliis convenit, minores currus majoribus, pedites equitantibus, equitantes currum agentibus, & inter currus vacui oneratis, cedere debeat, per pontem transituri, qui prior cum clamore, vel signo dato ascendit, ab altero expectari debet; aut si viæ receptaculum adeo angustum sit, ut alter obviantium currum suum retro ducere teneatur, ejus conditio potior sit, qui prior viam ingressus est: quibus adde, quod cæteris paribus hi, qui proximiores sunt, unde exirent, his, qui remotiores, cedere debeant; quæ communiter ita ab aurigis observantur, ut qui extra eum modum, & communem usum, damnum aliquod intulerit, ad damnum & interesse resarciendum teneatur. add. LAND-R. *l. 2. art. 59.* ʸ NICOL. VAN DER HOOGH. *singul. jur. 21.* Ordinat. Noriberg. qua cautum, ut currui onusto in via regia cedat vacuus, vel levius oneratus; carrus cedat currui; vehiculum meritorium, qua personæ solum vehuntur, currui vel vehiculo onusto; & denique, qui ex urbe vehit currus, cedat urbem ingressuro.

IX. 4.) AQUAE ductus, qui est jus aquæ ducendæ ᶻ per fundum alienum ad utilitatem sui fundi. *l. 1. pr. ff. de serv. præd. rust.* qui fieri solet vel canalibus, vel fossa, ducta ex aqua publica, vel privata. Ex aqua publica quidem cuivis aquam du-

x) TU potius nota: triplex esse jus viarum publicarum. Alterum usum earum respicit, alterum reparationem, alterum denique jurisdictionem. BEYER. *Jur. German. Lib. II. c. VIII.* Usus viæ publicæ omnibus patet, tamque late ideo patere debet via, ut currus currui cedere possit JUS PROVINC. SAXON. *Lib. II. art. LIX.* Onus reparandi viam, ac præcavendi, ne peregrinantes detrimenti quid capiant, superioris est, cui vectigal exsolvitur ZIEGLER. *de Jur. Majestat. Lib. II. cap. XVII. §. XII.* Jurisdictionem denique in viam publicam ratione criminum, quæ ibi committuntur, Principes sibi regulariter reservare solent IDEM *d. l. §. XXX. seqq.*

y) QUOCUM etiam convenit JUS PROVINC. SUEVIC. *cap. CCXXXII.* hasque dispositiones in Saxonia usu servari testatur ZOBEL. *P. II. Diff. XLV. n. I.* adde etiam FELTMANNUM *Diff. de vehiculis sibi obviis.* Paulo aliter vero sese res habet, quando currus obvii sunt vehiculis postarum. His enim reliqui ex moribus Germaniæ indistincte cedere debent, minimum, si ita onusti sint, ut cedere nequeant, progredi non ulterius jubentur, donec postarum vehiculum transierit. Ex his vero ipsis, si concurrant invicem, reliqui omnes cedunt currui, qui stata tempora vehendo servat, modo tamen ubique corniculum prius inflatum sit. vid. *Introd. in Jus Saxon. P. II. Ex. IX. §. XXIV.*

z) EOSQUE aquæductus, tam publicos, quam privatos fuisse constat. Erant vero Romani in iis exstruendis tam splendidi, tamque magnifici, ut ad prodigalitatem & luxuriam usque sumtus impenderent etiam privati, quibus volupe erat, euripos in tricliniis & cubiculis effodere, in quibus pisces inter coenandum caperent. Vid. SENECAM *Natur. Quæst. Lib. III. cap. XVII.* PLINIUM *Epistol. Lib. V. Epist. VI.* Hodie ob prædiorum nostrorum & Romanorum diversitatem servitus aquæductus in prædiis rusticis rarius usu venit. Frequentior est in prædiis urbanis, cumprimis in civitatibus, quibus aqua purior deest, ut sic opus habeant cives, eam ex locis remotis in utilitatem prædiorum ducendi. Quod, cum facile fieri nequeat, quin fistulæ & canales per fundum alienum ducantur, consti-

cere licet, nisi quatenus lege, aut statuto, est prohibitum, aut aqua in publico navigabilis est *l. 2. ff. de flum. l. 17. de servit. rust. prad. l. 10. § fin. ff. de aqua & aqua pluv. arc.* add. MANZ. *tr. de servit. real.* GROT. *introd. in jus Belg. l. 2. c. 2. n. 12.* Similis est servitus aquæ educendæ, quando nimirum per alienum fundum superflua, vel inutilis aqua ex fundo nostro oneratur, & per sulcos & canales educitur. *l. 29 ff. de serv. prad. rust.*

X. 5.) AQUAE haustus, qui est jus aquam ex privato vicini flumine, fonte vel puteo [a], ad vicini prædii vel illorum, qui in illo servantur, usum hauriendi *l. 5. §. 1. l. 9. ff. d. t.*

XI. 6.) PECORIS ad aquam appulsus, qui est jus pecora prædii mei, ad vicini fundi fontem aquasve, aquandi causa, abigendi *l. 4. l. 5. ff. eod.*

XII. 7.) JUS pascendi, quod est jus in alieno fundo pascendi pecora nostri prædii. *§. 2. I. de servit. l. 1. §. 1. ff. de servit. pred. rust.* Tempus vero & modus hujus servitutis variat, secundum diversas tum conventiones, tum locorum consuetudines, add. BERLICH. *p. 2. concl.* 47. CARPZOV. *p. 2. C. 41. d. 2. & 4.* Quodsi vero hoc jus pascendi ita constitutum habeat [b] vicinus dominans, in vicini servientis prædio, ut ille hunc a pastu, pro suo pecore, non excludat, sed vicinus serviens, vicini dominantis pecus in suo simul admittat; illud æquo jure admittere cogitur, idque jus compascui (*die Koppelweyde*) vocatur [c]: a qua tamen communione recedere serviens potest, si, vi-

tuenda est servitus aquæducendæ. Imo hoc etiam in Germania singulare est, quod servitus hæc, quæ jure Romano individua erat, hodie sæpenumero dividatur, ita quidem, *dass einem das gantze, halbe, oder Viertel Röhr-Wasser* concedatur.

*a*) CUR vero non ex lacu vel stagno? Quia non adest causa perpetua, id est naturalis aptitudo ad perpetuam utilitatem præstandam. *L. XXVIII. D. de Servit. prædior. urban.* Id enim servitutibus apud Romanos constitui solitis proprium erat, ut perpetuam haberent causam. Quare nec foramen proluendi pavimenti causa in vicini pariete haberi posse putabant. d. L. Verum hujus opinionis Auctor sibi ipsi non satis constat, dum alibi in *L. IX. D. de servit. prædior. rustic.* aquæ haustum ex quocunque loco constitui posse asserit. Unde & nos hodie istam subtilitatem non sequimur.

*b*) VERUM ad id, ut dominus servientis prædii pecora sua simul pascat in locis, ubi servitus concessa, non opus videtur peculiari constitutione juris compascui, nisi eo effectu, ut idem jus pascendi habeat, ac dominus prædii dominantis. Non enim prohibent leges, ne serviens, constituta alteri servitute, pecora sua simul pascat. Sed hæc facultas, ut restringatur ad eum casum, quando pastura utriusque pecoribus sufficit, analogiæ juris & æquitati convenit. Alias enim cedere debet. Siquidem dominans ex jure servitutis constituto jus perfectum & quæsitum habet, quod serviens ipsi intervenire nequit. Et interverteret tamen, si pecora sua, dum pastura esset insufficiens, simul pasceret. Nec aliud ex *L. XIII. §. I. D. Commun. prædior & L. VI. C. de servitut.* ex quibus alias Doctores colligunt, servientem dominanti esse præferendum, si pastura non sufficeret, evincitur. Cuilibet enim has leges inspicienti statim patebit, nihil præsidii eas huic interpretationi afferre, longeque diversos casus ibi occurrere. Hoc vero rationis quoque esse videtur, ut serviens jure compascendi utatur, etiamsi illud per longissimum tempus non exercuerit. Cum enim id juris ipsi naturaliter competat, prius ab usu excludi non poterit, quam ipsa libertas naturalis sit usucapta *L. VI. pr. de Servit. prædior. urbanor.* hoc est, postquam dominans exercitium juris prohibuerit, serviensque in hac prohibitione acquieverit add. *L. XLV. D. de usurpat.* BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II. §. XXII. not. I.*

*c*) QUAM maxime enim differt jus compascui a jure pascendi. Non quidem in eo, ceu perhibere solent, quod in mera familiaritate & precario nitatur, quod semper revocabile sit, quod non aliam, quam immemorialem præscriptionem admittat. Jus familiaritatis enim eodem modo, ut servitus non præsumitur. WERNHER. *P. VIII. obs. CCCLVIII.* Sed hæc potius est distandæ

tandæ contentionis gratia, vicino dominanti partem pascuorum servientium dimidiam cedere, & altera pro suo pecore contentus esse velit. CARPZOV. *d. p. 2. Const. 41. def. 9.*

XIII. PORRO huc etiam referunt jus calcis coquendæ, jus arenæ fodiendæ, pedamenta sumendi, lapides eximendi, lignandi &c.[d] scilicet in alieno fundo ad commodum nostri prædii *l. 5. l. 6. ff. de servit. præd. rust.*

ADD. *L. 1. tit. 3. pr. & §. 2. I. de serv. prædior.*

## TITULUS IV. DE SERVITUTIBUS URBANORUM PRAEDIORUM.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Servitutum urbanorum prædiorum descriptio; cujusmodi sunt 1. servitus oneris ferendi.* L. 8. ff. t. 2. de servit. præd. urb. II. *2. tigni immittendi,* III. *3. projiciendi,* IV. *4. altius tollendi, & 5. altius non tollendi,* V. *6. luminum, & 7. ne luminibus officiatur,* VI. *8 prospectus, & 9. ne prospectui officiatur,* VII. *10. stillicidii avertendi, & 11. non avertendi,* VIII. *12. fluminis recipiendi & 13. non recipiendi,* IX. *14. cloacæ.*

I. PRAEDIORUM urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis seu prædiis, usum urbanum habentibus, inhærent, & a prædio vicino alieno debentur. *§ 1. I. de serv. præd. &c.* Cujusmodi servitus est 1.) oneris ferendi, qua nimirum paries, vel columna, onus nostrarum ædium sustinere debet *l. 33. ff. de servit. urban. præd. l. 11. §. fin. eod.* Ut igitur onus hoc sustineri possit, debens hanc servitutem ad reficiendum parietem, vel columnam, tenetur[e] *d. l. 33. & l. 6. §. 2. ff. si serv. vind.* Absque hac servitute constituta, nemo alterius parieti, imo nec communi parieti, nisi pro parte dimidia, inædificare potest. vid. MENOCH. *de præs. l. 6. præs. 73. n. 23.*

ferentia, quod jure pascendi constituto dominus prædii servientis jure dominii pecora sua simul in fundo proprio pascere possit, jure compascui vero constituto idem jus jure communionis exerceat. Deinde quod servitus pascendi non præcise prædia dominantis & servientis vicina requirat, sed in uno agro esse possit, jus compascui vero in agris confinibus locum habeat, & mutuam in his servitutem requirat CARPZOV. *P. II. Const. XLI. def. IX.* MEVIUS *P. V. Decis. CCLI. n. 8.* Quapropter, qui jure familiaritatis & in vim precarii jus compascui concedit, cautus sit, necesse est, ne probatio aliquando desit, neve pro jure potius præsumatur. Quod facile evitabit, si literas reversales sibi exhiberi curet.

*d)* ADDERE poteris jus habendi tuguriolum in alieno, jus temonis immittendi in fundum alienum, jus excutiendi frumentum in area aliena, jus uvæ exprimendæ in alieno, & sexcenta alia jura. In solo enim domini arbitrio positum est, quid juris alteri in suo concedere velit.

*e)* QUOD anomalum esse, cum Romani non haberent servitutes, in faciendo consistentes, jam supra dixi, sed simul, quid de hac anomalia sentiam, exposui. Putant tamen alii, qui alias nobiscum sentiunt, quod re ipsa anomalia quædam hic non occurrat, & plane accidentale, non naturale, servitutis oneris ferendi sit, ut serviens parietem reficiat, eaque propter, idem illud pacto efficiendum esse, sibi persuadent, atque PAULUM in *L. XXXIII. de Servit. prædior. urban.* in partes suas vocent. Sed hanc argumentationem meam facere non possum, siquidem *d. L.* procul dubio explicanda est ex *L. VI. §. 11. D. si servit. vindicet.* Ex hac vero clare elucet, naturam servitutis onus reficiendi ingredi. Nec aliud loquitur Paulus. Naturale enim esse ait, ut, qui onus ferre in proprio pariete consentit, in id quoque consentiat, ut parietem reficiat, quo servitus suum habeat effectum. Et sic, qui reficere nonvult, ut se pacto interveniente ab hoc onere liberet, necesse est. Cæterum essentia servitutis in eo solo consistit, ut serviens onus ferat.

CHRISTIN. *ad LL. Mechlin. tit.* 14. *art.* 12. CAEPOLL. *de servit. urban. præd. c.* 36. *n.* 10. Caeterum parietes, ipsis vicinorum conterminis seu limitibus, dimidiatim impositi, communes fiunt, *arg.* §. 31. *in fin. I. de R. D.* proque iis praesumitur, nisi proprietas probetur. Et hoc jure utimur in communi dividundo judicio, ut omnium separationum intermedia sint communia, nisi propria alicujus probentur. confer. *l.* 9. *C. de ædif. priv.* ibique GRÖNEW. & *l. ult. C. fin. reg.* ibique BUSIUS. add. CASPAR. MANZIUS. *tr. de muro commun.*

II. 2.) SERVITUS tigni immittendi, qua trabem, vel quid aliud, quo aedes contignantur, in parietem vicini licet immittere, ut in eo requiescat. *l.* 2. *l.* 20. *pr. l.* 25. *ff. de serv. urb. præd. l.* 242. §. 1. *ff. de V. S.*

III. 3.) SERVITUS projiciendi protegendive [f], qua tignum, vel aedificatum quid, in aedibus nostris quiescit, supra alienas vero aedes, vel areas, protenditur. *d. l.* 242. §. 1. *ff. de V. S. l.* 20. *pr. ff. de serv. urban. pr.* Huc etiam spectant suggrundia, h. e. partes tecti porrectiores adversus imbrem.

IV. 4.) SERVITUS altius tollendi [g], & 5.) Servitus altius non tollendi [h]: quas servitutes ita discernimus, ut illam dicamus, qua quis etiam cum damno suo tenetur pati, alterum ad utilitatem suam aedes altius tollere; hanc vero, qua quis, in vicinarum aedium utilitatem, cogitur aedes suas habere depressas. *l.* 11. & 12. *ff. de serv. urban. præd.* §. 2. *I. de action.*

V. 6.) SERVITUS luminum [i], & 7.) ne luminibus officiatur; quas simili ratione distinguimus: illam dicentes, qua vicinus nostra lumina, seu nostras fenestras,

*f*) QUAE ita differunt. Ibi jus competit habendi partem ædificii supra aream vicini propendentem, nec in ædibus vicini requiescentem *Ercker*, *Ausgebäude*. Hic jus est tectum supra alterius aream ad avertendos imbres extendendi, *Wetter-Dach*. Utraque servitus documento est, posse aërem, utut res communis sit, in dominio privati esse, quatenus ejus territorium circumdat, adeoque alium prohiberi, ne ejus usum pro lubitu intercipiat.

*g*) QUAM servitutem tum usum habere dicunt, quando quis statuto vel lege prohibetur, ne altius tollat, sed certam ædium mensuram servet, quale quid olim apud Romanos obtinuisse, ex *L. XI. de servit. prædior. urban. L. I. C. de servitut. L. I. C. de ædific. privat.* aliisque non obscure colligitur. Verum valde dubito, an, lege prohibitiva extante, in privati arbitrio positum sit jus concedendi, ut vicinus altius tollat, cum certe id privatis dari nequeat, ut legi prohibitivæ vim obligandi detrahant. Quare dubio procul casus est præsupponendus, quando ejusmodi lex favorem vicinorum respicit, ipsisque ideo integrum manet, utrum favori renunciare velint.

*h*) Quæ servitus proprie non luminum vel prospectus causa constituitur, sed ne liberior aër nobis intercipiatur. Inde ob favorem annonæ ipso jure talis servitus imposita erat apud Romanos, ne vicinus mihi ventum interciperet, quo ad secernandas paleas a frugibus indigebam *L. fin. C. de servitut.* ibique BRUNNEMANN. Cæterum viridaria supra altitudinem habere omnino licet, etiamsi luminibus officiatur, vel prospectus impediatur *L. XII de servit. prædior. urban.* Quæ omnia secus, si servitus luminum aut prospectus sit constituta.

*i*) QUA non opus, quando quis fenestras in suo aperire, perque eas lumen cum conclavibus suis communicare constituit. Id enim, quousque lex non obstat, (quod JURE LUBECENSI fieri discimus ex *Lib. III Tit. XII. art. XIII.*) naturaliter cuique facere licet, modo tamen fenestræ valvis careant, quoties versus vicini aream aperiuntur. Consuetudinis enim est, ut evitandi abusus causa fenestras quidem aperire, neutiquam vero fenestras apertas habere possim. Interim cum & vicino naturaliter liceat, ut fenestras, quas in meo habeo, obscurare possit, opus omnino est servitute, ne luminibus officiatur. Non itaque servitus, ne luminibus officiatur, ad id comparata est, ut servitus luminum conservetur, ceu erronee putat DUARENUS *Disput.*

quibus lumen haurimus, cœlumqne intuemur, excipere cogitur. *l.* 4. *juncta l.* 16. *ff. de servit. urb. pred.* hanc vero nominantes, qua non potest facere quicquam vicinus, quo quævis ædium nostrarum lumina obscurentur [k]. *d. l.* 4. *l.* 15. *l.* 17. *pr.* §. 1. *&* 2. *l.* 22. *pr. ff. de serv. urban. pred.* vid. pluribus hæc exponentem Caepollam *de serv. urb. pred. c.* 36.

VI. 8.) Servitus prospiciendi seu prospectus, & 9.) ne prospectui officiatur. Illam appellamus, qua vicinus pati tenetur, & impedire nequit, nos prospicere ex nostris ædibus in ejus prædium vel hortum §. 2. *I. de action. l.* 12. *l.* 16. *ff. de servit. urban. pred.* hanc vocamus, qua quis in prædio suo non potest quicquam facere, quod libero quaqua versum prospectui, in quævis loca nobis grata & amœna, obstet. *l.* 15. *ff. eod.* conf. *l.* 12. §. 3. *C. de ædif. priv.*

VII. 10.) Servitus stillicidii avertendi seu recipiendi, & 11.) stillicidii non avertendi seu non recipiendi. Illa est, qua in ædes vel aream vicini, aquam, ex nostris tectis cadentem, vicinus non avertere, sed in suum tectum, vel aream eam decidere, pati debet [l]. *l.* 2. *l.* 20. §. 2. *& seqq. ff. de servit. urb. pred.* add. *Land-R. l.* 2. *art.* 49. *pr.* Weichbild. *art.* 124. Hæc est, qua vicinus stillicidium suum, ex tecto suo defluens, in suam aream vel cisternam derivare prohibetur, sed, ut in aream vel cisternam vicini defluat, pati cogitur. *d l.* 2.

VIII. Eadem est ratio 12.) fluminis avertendi, seu recipiendi, & 13.) fluminis non avertendi, seu non recipiendi. *l.* 1. *ff. de serv. pred. urb.* §. 1. *I. de serv.* Ita ut illa sit, qua flumen, h. e. aquam collectam ex pluvia & per canales, tubos, instar fluminis profluentem ex nostris ædibus tenetur vicinus suscipere, hæc vero sit, qua vicino non licet flumen, ex suis ædificiis veniens, a nostro avertere prædio, ob commodum, quod hoc inde habet. *arg. dd. text.*

IX. 14.) Denique est servitus cloacæ [m], quae est jus, quo vicinus collu-

*anniversf. Lib. I. cap. XXXIII.* cum servitus luminum in alieno pariete constituta jam contineat alteram, ne luminibus officiatur, alias enim illa nullum haberet effectum; sed eo tendit servitus ista negativa, ut evitem obscurationem luminum, quæ per proprium parietem ædes meas intrant.

*k*) Anne vero obscuratio permissa, si ille, cui servitus est constituta, fenestras priori-bus inferiores aperiat? Responde: Nisi hoc speciatim actum, ne luminibus, quæ nunc sunt, officiatur, obscuratio non licet *L. XXIII. pr. de servitut. prædior. urbanor.*

*l*) Non vero dominans demittere potest tectum, vel producere *L. XX. §. V. D. de servit. prædior. urbanor.* Rationem dispositionis, quod demitti non possit stillicidium, nonnulli eam esse dicunt, quia pro stillicidio fieret flumen. Verum flumen & stillicidium non dijudicantur ex altitudine tecti, unde cadunt, sed ad id potius respiciendum, utrum aqua e singulis tegulis per guttas cadat, an per canale collecta fluat. Et sic certe, licet tectum demittatur, ex stillicidio non potest fieri flumen Thomasius *Diss. de servitut. stillicid.* §. *LXXXIV.* Vera itaque ratio ea potius est, quod per demissionem servientis fundus majori incommodo afficitur, quod in doctrina de servitutibus fieri posse leges negant, & generatim ubique extensionem servitutis in præjudicium servientis prohibent, magisque interpretationem semper restrictivam adhiberi jubent. Eadem ratio est, cur dominans stillicidium non possit producere, & v. c. si ipsi competat jus stillicidii per tres pedes in vicini aream, tectum ita ædificare, ut stillicidium cadat per sex pedes. Per productionem enim nunc stillicidium cadere incipit in majori parte prædii servientis, quam in qua posita est servitus, & ita servitus ultra conventionem extenditur.

*m*) Quæ tamen quam maxime differt a servitute latrinæ, cum ibi non liceat, urinam & excrementa ejicere, bene tamen hic. Latrinæ enim, in quas purgamenta alvi dejiciuntur, qua-

viem fordidam, & in fua area collectam in vicini aream immittit *. *l.* 7. *ff. de fervit.* juncta *l.* 1. *ff. de cloac.* ADD. *Lib.* 2. *tit.* 3. §. 1. *I. de fervit. prædior.*

## TITULUS V. COMMUNIA PRAEDIORUM TAM URBANORUM QUAM RUSTICORUM.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Conftituitur fervitus vel officio judicis.* L. 8. ff. t. 4. comm. præd. tam. ruft. quam urb. II. *Vel voluntate domini, ubi confideranda* 1. *perfona concedens; & acquirens.* III. 2. *prædia.* IV. 3. *modus concedendi: ubi difcernenda promiffio.* V. *Ab ipfa conftitutione ftricte ita dicta.* VI. *Aliquando acquiritur præfcriptione.*

I. COMMUNIA praediorum funt ea, quae fpectant ad fervitutum conftitionem. Conftituitur fervitus vel officio judicis, aliquando in judiciis divi- foriis. vid. *l.* 22. §. 3. *ff. fam. herc.* praeterea, fi quis fundum, confinibus undique prædiis non fervientibus, circumdatum, habeat, eumque nequeat adire, tunc compellat judex proximum vicinum, ut aditum concedat. *arg. l. fin. ff. de fervit. præd. urban. l.* 20. *pr. ff. fi fervit. vind. l.* 44. §. *fin. ff. de leg.* 1. *l.* 15. §. 1. *ff. de ufu & ufufr. leg.*

II. VEL conceditur voluntate domini; in qua conceffione confideranda 1.) perfonæ, 2.) prædia, 3.) modus. Perfona concedens eft dominus prædii fervientis. *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *l.* 8. *ff. comm. præd.* Qui utile folum dominium, vel etiam revocabile habent, poffunt etiam fervitutes concedere, fed non diutius duraturas, quam ipforum dominium fubfiftit *, add. *text.* 2. *feud* 8. *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Acquirit fervitutem

les nos habemus, Romani plane ignorant. PLINIUS *Hiftor. Lib. XXXVI. cap XV.* Cloacæ vero, five loci cavi, per quos colluvies fluit, ftupendis fumtibus a Tarquinio Prifco extructæ funt eo fine, ut fordes urbis in Tiberim deducerentur LIVIUS *Lib. V. cap. ult.* Suntque fine dubio earum reliquiæ cryptæ Romanæ, de quibus PAULI ARINGHII & JACOBI BOSII *Roma fubterranea* extat.

*n*) ANNE itaque, tum hodie cloacas Romanorum ignorent noftrates, latrinam in fuo pro lubitu ædificare licet? Ita videtur; cum id naturalis libertatis fit, in fuo ædificare. Verum eum æquitati conveniat, ne fub prætextu juris permiffivi alteri reale damnum inferamos, placuit etiam majoribus noftris, ut jus latrinam exftruendi limitaretur. Voluerunt itaque latrinam a vicini fundo minimom tres pedes abeffe. JUR. WEICHBILD. *art. XXII.* add. BERGER. *Oecon. Jur. p. m.* 313. In Provinciis vero, quæ jus Saxonicum non fervant ufu, *L. XIII. Finium regund.* in fubfidium vocant, tantumque fpatiom inter latrinam & vicini fundum intercedere debere putant, quantum profunditatis habet latrina. CARPZOVIUS quidem *Decif. CVIII.* hoc fufficere exiftimat, ut latrina ita muniatur, ne humores in vicini fundum penetrare poffint, fed rectios defendit STRYCK. *de jur. fenf. Diff. V. cap. III. n.* 19. foetoris quoque habendam effe rationem. Plaoe, fi extructa jam latrina appareat, eam vicini fundo damnum reale inferre, dominus cogi poteft, ut illam iterum tollat. *L. XVII.* §. *II. fi fervit. vindic.* LEYSER. *Spec. CVII. med IV fqq.*

*o*) GENERATIM, ut fervitos perpetua, nec revocationi fublit, requiritur conftituentem effe I) dominum, cujus jus dominii tempore non expirat. Alias enim in fui præjudicium folum fervitutem conftituit, ob regulam: Refoluto jure dantis, refolvitur quoque jus accipientis, II) dominum totius rei. Condominus in re communi fervitutem non conftituit *L. II. de Servitut. L. VI.* §. *I. Commun. prædior.* In re communi enim, quam plures indivifam tenent, femper melior eft ratio prohibentis, & unus, reliquis invitis, aliquid innovare, remque onerare neqoit, III) dominum plenum, cui libera difponendi competit poteftas. Quodfi enim tertio jus ali-

prædio itidem hujus prædii dominantis dominus p. *l.5. ff. comm. præd.* Poteſt quoque utilis dominus ſervitutem acquirere fundo. *l. 1. §. ult. ff. de ſuperf. 2. feud. 8. §. 1. & 2. feud. 28. §. ſi vaſallus.* Non vero uſufructuarius *l. 15. §. 7. de uſufr.*

III. PRAEDIA ad ſervitutem conſtituendam neceſſario ſunt duo §. 3. *I. de ſerv. l. 1. §. 1. ff. commun. præd.* in quibus requiritur 1.) ut ſint vicina *l. 5. de ſervit. ruſt. præd.* vicinitas autem non tam ex prædiorum contiguitate q, quam ex uſu, ſeu commoditate utendi, æſtimanda eſt. *vid. l. 7. §. f. l. ult. § f. ff. de ſervit. præd. ruſt. l. 1. pr. l. 17. de ſervit. præd. urb.* 2.) ut ita comparata ſint, ut dominans utilitatem capiat ex prædio ſerviente r. *l. 15. ff. de ſerv. l. 16. ff. comm. præd.* 3.) ut in his prædiis cauſa ſervitutis ſit continua & perpetua s, atque inde facultas utendi ſemper adſit. *l. 28. de ſervit. præd. urb.* licet non ſemper exerceatur, vel quia ſic conventum, vel quia non eſt opus.

quod in re domini quæſitum eſt, id dominus nulla ratione intervertere nec alterius conditionem deteriorem efficere poteſt. Quare ne domino quidem hæc facultas concedenda, ut in præjudicium uſufructuarii ſervitutem conſtituat. Accedente vero ejus, qui jus in prædio habet, conſenſu conſtitutam ſervitutem ſubſiſtere, rationis eſt, & Legibus Romanis convenit. Clara enim adeſt *L. XVI. de uſufr.* diſpoſitio, & inde *L. XV. §. final. Eod.* emendanda, ceu probe obſervat BUCKERSCHOECK *Lib. I. obſ. XI.*

p) IMO potius Juris Romani principiis convenit, ut nemo ſervitutem acquirat, niſi ſibi ipſi, *L. V. Commun. præd.* modo tamen ſimul ſit dominus. Quod inde eſt, quia nemo alteri obligationem acquirere poterat. *§. XIX. J. de inutilib. ſtipulat.* In uſufructuario autem, quod acquirere non poſſet ſervitutem, ſpecialis hæc adhuc ratio ſubeſt, quia reſtituere debebat prædium in eadem ſubſtantia, & ſic ne melius quidem id reddere poterat. Sed hodie cum ceſſet iſta ſubtilitas, niſque obſtet, ne tertii etiam ignorantis commodum promoveamus, in acquirenda ſervitute ne opus quidem eſt, ut dominium prædii habeat acquirens, ſed quicunque ſervitutem acquirit, ideo eum effectu acquirit, quia conditionem prædii meliorem facit, atque de jure præſumitur, neminem diſſenſurum, in re, quæ utilitatem ipſi affert, add. SHILTERUM *Exerc. XVIII. th. XXXV.*

q) ITA *L. VII. §. I. D. Commun. prædior.* explicant indeque regulam generalem depromunt, in ſervitutibus prædia ſolum vicina, non vero contigua eſſe debere. Sed vereor valde, ne regula ita generaliter poſita cum legibus non ſolum Romanis, ſed etiam cum natura quarundam ſervitutum, aperte pugnet. Utut enim eorum opinioni haud ſubſcribam, qui JCtos Veteres ſemper & ubique contiguitatem prædiorum deſideraſſe autumant, in ea tamen illos fuiſſe cauſa video, ut ſervitutes prædiorum urbanorum primo & prædiorum ruſticorum diſtinguerent, atque in his quidem, non vero ſemper in iis medium prædium ſervitutem impedire, ſtatuerent. Certe de ſervitutibus prædiorum ruſticorum clara lex extat in *L. VII. § I. de Servitutib. prædior. ruſtic. L. V. §. I. Eod.* de prædiis vero urbanis conferri poteſt *L. I. de Servitut. prædior. urban.* & d. *L. VII. §. I. Commun. prædior.* Deinde ſervitutes prædiorum urbanorum ſigillatim a ſe invicem diſtinxerunt, & mox medium prædium intercedere poſſe negarunt, mox affirmarunt *d. L. L. de S. P. urb. L. XXXVIII. Eod.* Nam quædam ſervitutes v. c. oneris ferendi, tigni immittendi, ita natura ſua ſunt comparatæ, ut contiguitatem requirant. Quamvis vero JCti non adeo tenaces fuiſſe videntur principii, quin nonnunquam ſervitutem in ruſticis prædiis non contiguis conſtitui poſſe putarent, ceu ex collatione legum allegatarum patet, nec ideo noſtratibus vitio ſit vertendum, quod ad contiguitatem præciſe non reſpiciant, eam tamen ubique & hodie adeſſe debere, exiſtimo, quando natura ſervitutum contiguitatem neceſſario requirit.

r) QUAE tamen amœnitatem & recreationem ſub ſe complectitur *L. III. pr. D. de aqua quotidian.* Quale exemplum eſt in ſervitute proſpectus. Ad id tamen, ut ſervitus prædialis ex amœnitate conceſſa orietur, hæc ipſa prædii dominantis conditionem meliorem faciat neceſſe eſt. Alias enim, ſi perſonæ ſolum proficua ſit, v. c. ſi ſpatiari, pomum decerpere, coenare in alieno conceditur, ſervitus perſonalis inde potius oritur *L. VIII. pr. de ſervitut.*

s) TETIGI jam ſupra hanc Juris Romani ſubtilitatem. Hoc ſolum addo, veteres, ut

IV. IN modo concedendi distinguenda est promissio servitutis realis, ab ipsa constitutione, & acquisitione *l.* 136. §. 1. *ff. de V. O.* Promissio fit vel per conventionem inter vivos, vel ultima voluntate: utraque vel pure, vel sub conditione; vel ex die, vel in diem. *l.* 4. *pr. ff. de servit.* Promissio, conventione pure facta, coincidit quidem aliquando[t] tempore cum constitutione, in negativis scilicet servitutibus, seu quibus quis aliquid non facere tenetur: natura tamen, & re ipsa differt; quod multo magis obtinet in promissione sub conditione, vel in diem facta, ubi obligatio statim oritur; sed constituitur demum patientia, posteaquam conditio extitit, vel dies venit. *l.* 23. §. *ult. ff. de serv. urban. pr&d. l.* 10. *de serv. rust. pr&d.* Operatur hæc promissio solum jus ad rem, & actionem personalem *l.* 4. *pr. ff. de servitut.*

V. CONSTITUITUR promissa servitus patientia in affirmativis, h. e. quibus quis aliquid pati cogitur, vel intermissione ejus, quod alias facere possumus, in negativis: ita enim quasi tradita censetur servitus *l. ult. de servit. l.* 11. §. 1. *de publ. in rem act. l.* 3. §. 2. *ff. de action. emt.*

VI. ATQUE ita constituitur a domino, & consequenter acquiritur servitus, expressa veri domini concessione[u]. Quodsi vero, vel non dominus, ut bonæ fidei possessor, ita constituerit servitutem; vel ipse verus dominus (aut bonae fidei possessor) non constituerit, sed tamen alter non vi, nec clam, nec precario servitute utatur, domino possessoreve patiente, vel prohibitioni, qua vicinus in commodum sui prædii interdicit ei, ne faciat aliquid in re propria, acquiescat: tunc utroque casu, continuato illo usu, & in hoc consistente quasi possessione, per longum tempus præscriptione acquiritur servitus. *l. ult. in fin. C. de præscript. long. temp.* nec requiritur præcedens titulus[x],

hoc requisitum ponerent extra dubium, ita esse argumentatos: Servitus est Jus. Jus operatur facultatem id quocunque tempore exercendi. Si vero causa servitutis non est perpetua, dominans illam facultatem non habet. Ergo causa servitutis, ut ipsa servitus, tanquam jus, debet esse perpetua. Sed vidit jam prætor, hanc Philosophiam nimis subtilem esse, & ideo contra jus strictum servitutes temporales admisit. *L. IV. pr. D. de Servitut. add. L. IX. de Servit. prædior. rusticor. L. I. Commun. prædior.* Quid mirum igitur, nostra ætate veram esse servitutem, quæ causam perpetuam non habet.

t) ID est, non requiritur, ut post promissionem sequatur quasi traditio, sed simulac promissio facta, jus reale incipit, adeoque ipsa promissio, quod quis facere nolit, est instar quasi traditionis, quia hæc per rerum naturam fieri nequit. Sunt vero & affirmativæ servitutes per ultimam voluntatem promissæ ita comparatæ, ut quasi traditio accedere non debeat, sed jus reale statim post mortem testatoris ipso jure incipiat *L. XIX §. I. D. quemadmod. servitut. amittantur.* quod generale est in omnibus iis, quæ ultima voluntate acquiruntur. Est tamen hic aliqualis adhuc inter promissionem & acquisitionem differentia. Promissio enim acquisitionem tempore præcedit, illaque ne personale quidem jus, sed spem solum tribuit, donec morte confirmetur. Hac vero secuta jus perfectum oritur servitutem exercendi, modo heres hereditatem adeat.

u) ANNE itaque ipso facto seu tacite? Minime. Nam, ut id nominatim agatur, quando servitus imponenda est, leges clare loquuntur *L. XXX. pr. de Servit. prædior. urbanor. L. VII. L. X. D. Commun. prædior.* Inde binis ædibus, quæ una contignatione teguntur, diversis legatis, servitus tigni immittendi uni alterive constituta non videtur, sed tignum commune duorum vicinorum fit *L. XXXVI. de Servit. prædior. urbanor.* Pari ratione, si quis duas tabernas conjunctas habet, ita quidem, ut ex superiori in inferiorem ædificatum sit, easque deinde singulis legat, servitus tamen oneris ferendi non est constituta *L. I. D. de Servit. legat.*

x) INDE tamen haud concludendum, tanquam in præscribendis servitutibus bona fide non sit opus, eave ratione, sive quis contra do-

sed ipsa patientia est vice tituli, & includit, præsumtam certe quidem, scientiam. *l.10. ff. si serv. vind.* vid. CARPZ. *Lib.1. Resp.36.* aliquando autem longissimi temporis præscriptioni est opus, si solus error causam istiusmodi quasi possessioni servitutis dederit. *l.5. C. de præscript. long. temp.* juncta *l.8. C. de præscript.30. vel 40. annor.* aut si mala fide quis servitutem sibi sumserit. *l.3. l.8. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Cæterum jure Saxonico etiam prioribus illis casibus 30. anni, unus annus, sex septimanæ, & tres dies requiruntur. ADD. *L.2. tit.3. §.3. & ult. I. de servit. prædior.*

## TITULUS VI. DE IPSA SERVITUTE CONSTITUTA ET INDE ORIENTE ACTIONE.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Jus ipsum constitutum*. II. *Unde oritur actio confessoria*. L.8. ff. t.5. si serv. vind. vel ad al. pert. neg. III. *Incumbit igitur asserenti servitutem probatio*. IV. *E contrario datur pro libertate actio negatoria*. V. *Cujus fundamentum est libertas naturalis*. VI. *Accommodatur utraque actio hodie ad alia jura*.

I. CONSTITUTA ita servitute, prædio illa semper inhæret, & illo ad alium translato, & ipsa transfertur. *l.23. §.2. ff. de servitut. rust. præd.* Et qui habet suo prædio constitutam servitutem, perpetuo uti illa potest, quantum tamen suo prædio utile est [y]. *l.5. l.24. l.29. ff. de servit. rusticor. præd.* Servitutem autem servitutis [z]. constituere non potest. *l.1. ff. de usu & usufr. leg.* Nec alterius prædio commoditatem concedere, nisi hoc ipsi singulari conventione permissum *l.33. §.1. ff. de servit. præd. rust.*

II. Ex servitute constituta datur actio confessoria, quæ est actio in rem, qua is, cui servitus constituta, contra quemvis ipsum impedientem, vel istam detinentem, intendit, ut declaretur, servitutem ad se pertinere, ac proinde liberum illius usum ipsi permittendum [a]. *tot. tit. si servit. vind. §.2. I. de action.* add. CARPZ. *Lib.1. Resp.69. & 70.*

minum sive contra non dominum præscribat, patientiam sufficere, sive præscribentem non vi, non clam, non precario possidere. Nam recte monet LEYSER. *Spec.CX. med.IV.* in allegata *L.X. si servit. vindicetur*, sermonem esse de antiquo Jure Romano, siquidem JUSTINIANUS in *L.XII C. de præscript. long. tempor.* præscriptionem servitutum cum præscriptione rerum corporalium plane exæquavit, & ubique bonum initium desideravit. Quare necessitatem bonæ fidei recte urgent WERNHER. *P.III.obs.LXXIII.* pluresque alii a LAUTERBACH. *Colleg. Pand. tit. de Servit. th.XIV.* citati. Cæterum nihil ratione præscriptionis inter servitutes rusticorum & urbanorum prædiorum intercedere differentiæ, jam supra docui. Argumentis vero eorum, qui in rusticorum prædiorum servitutibus præscribendis tempus immemoriale requirunt, satisfecerunt WESEMBEC. *ad tit. de servit. §. V.* BACCHOV. *ad Treutler. Vol.I. Disp.XVII. §.I. lit. a.*

y) NON itaque ad necessitatem solum exercitium servitutis restringi potest, sed utilitatem etiam complectitur, modo tamen eo non extendat jus suum dominans, ut prædio servienti noceat. add. *L.XXIV. D. de Servitut. prædior. rustic.* Semper enim, ut diximus, ea in argumento de servitutibus capienda est interpretatio, ut prædium serviens minimo damno afficiatur.

z) ID EST, ipsum jus suum alteri cedere, sibique alium, qui jus reale habeat, substituere nequit, quamdiu ipse prædium possidet, nec partem servitutis in alium derivare licet. Ast usum servitutis, jure penes dominantem manente, concedere potest, si servitus sit personalis, quod secus in servitute reali. Hæc enim prædio

III. INCUMBIT igitur actori probatio; sive sit in quasi possessione servitutis constitutus, sive non, servitutem sibi constitutam esse; quia quaelibet res praesumitur libera. *arg. l. 9. C. de serv. & aqua.*

IV. E contrario competit etiam actio negatoria, qua dominus adversus eum, qui servitutem in ipsius re praetendit, rem liberam declarari intendit. *l. 2. pr. l. 4. §. 2. l. 7. l. 14. ff. si servit. vind. vel ad al. pertin. neg.*

V. FUNDAMENTUM itaque hujus actionis est libertas naturalis, qua dominus in re sua non tenetur aliquid pati, aut non facere. *dd. text.* Et cum haec libertas praesumatur, istam haud probare tenetur actor [b] in hac actione, sed reus excipiendo affirmans, sibi servitutem deberi, eam probare debet; nisi actor in libello asserat, reum servitute in ipsius praedio vi aut clam uti [c], quae violentia & clandestinitas tunc probanda erit ab actore [d]. vid CARPZ. *d. lib. 1. R. 61. & 68.*

praestatur a praedio, adeoque in alium transferri nequit, qui non est dominus praedii.

*a*) PROBARE itaque debet actor, I) servitutem sibi esse constitutam, *das Befugniss*, cum in eo positum sit fundamentum actionis *L. IX. C. de servitut.* II) turbationem alterius, quia facti est. Ita, si servitutem affirmativam vindicat. Sin negativam, vel promissionem, vel, dum in praescriptione se fundat, quia intermissio cujusdam facti per se est actus mere facultatis, prohibitionem praeviam, alteriusque acquiescentiam. In utroque demum casu paratus quoque sit ad probandum, si reus id urgeat, dominium praedii dominantis, quamvis hic probationem anxie conquirere non debeat, si in possessione praedii sit constitutus *L. XVI. D. de exception.* Generatim enim, quando dominium incidenter probandum est, illud ex sola possessione justa probatur. Plane, si, qui servitutem sibi constitutam asserit, sit in quasi possessione ipsius servitutis, possessorium processum eligere, seque hoc ipso a probatione servitutis constitutae liberare potest, cum probata quasi possessione in possessorio tuendus sit, STRYCK. *Us. Mod. Dig. tit. si servit. vindic. th. I.*

*b*) SIVE reus in possessione servitutis sit, sive non. Nam possessio solum id operatur, ut reus tamdiu manutenendus sit, quamdiu petitorium non est discussum SCHILTER. *Exerc. XVIII. th XXXVIII.* Sunt quidem multi, qui reo in possessione constituto actori probationem libertatis imponi debere putant, inter quos eminet MEVIUS *P. VIII. Decis. CCXCII.* BEYER. *Pos. ad Dig. tit. si servitut. vindic. pos. III. sq.* Eamque suam sententiam in *L. VII. §. fin. D. de liberal. caus.* inniti credunt. Verum haec lex de libertate personali concepta est, a qua ad libertatem praediorum ob rationem diversitatis non valet consequentia. Cum enim semel introducta servitute homines vel liberi nascantur vel servi, atque sic originaria dicatur servitus personalis, possessio certe liberi hominis, qui hucusque servitia praestitit, vincit praesumtionem libertatis. At praedia omnia ratione originis sunt libera, & sic possidenti adhuc praesumtio libertatis obstat. THOMASIUS *Diss. de onere probandi in actione negator. § XX. & XXXI.* HERTIUS *de quasi possess probaud. Sect. II. §. I. seq.* Praeterea vero, qui praedium liberum esse asserit, nil ait, quod probari queat. Accedit & hoc, quod inusitatum non sit, possessorem probare debere, quando actor in negativa se fundat, *L. XVI. D. de probat.* Interim, qui actione negatoria utitur, cautus sit I) ut statim alleget, quo jure rem suam possideat, idque sub ingressu litis statim demonstret, alias enim ipsi obstat exceptio praejudicialis nondum probati dominii, II) ut in simplici negatione persistat. Praeterea enim, si simul aliquid asserit, probationem ejus suscipiat, necesse est.

*c*) HOC tamen in casu actori probandi onus incumbere, BERGERUS *de Usu Action. rei persecutor. §. X.* in dubium vocat, & THOMASIUS *in diss. de onere probandi in action. negat. §. XXII. sqq.* simpliciter negat. Quam sententiam suam quoque facit LEYSER. *Specim. CIX. med. VIII.* Et certe, qui clandestinitatem allegat, nihil dicit, quod probare possit. Violentia vero adhibita, quamvis tum, si aperta sit, ostendi queat, ea tamen probata judicem nondum convincit, eum, qui vim adhibuit, injuste exercuisse servitutem, cum & vim pro conservando jure adhibere licet. Verum si actor reum jure

VI. CAE-

VI. Caeterum accommodatur hodie actio confessoria utilis ad asserenda, & vindicanda alia jura incorporalia, nec non negatoria utilis ad ea neganda [e].

## Titulus VII. QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTANTUR.

S U M M A R I A.

Aphor. I. *Amittitur servitus accidente in prædio 1. confusione.* L.8. ff. t.6. quemadm. serv. amitt. II. 2. *Interitu.* III. *Amittitur porro servitus facto domini remittentis.* & IV. *Negligentia.* V. *Denique amittitur finito jure concedentis aut elapso tempore.*

I. Amittuntur servitutes primo accidente aliquid in prædio: nimirum 1. per confusionem [f], si fiam dominus prædii, servitutem prædio meo debentis, aut, cum prædium meum serviret alii, dominus fiam prædii dominantis. *l.1 ff. quemadm. serv. amitt.* res enim propria suo domino servitutem nullam debere potest, sed dominus jure dominii re sua utitur. *l.26. ff. de servit. præd. urb. l.10. ff. comm. præd.* Si autem res ista rursus alienetur, reviviscet servitus [g]. *arg. l.18. ff. de servit.*

II. Per interitum prædii vel dominantis, vel servientis, *l.14. ff. quemadm. serv.*

familiaritatis servitutem exercere dicat, vel ad precarium confugiat, diversam rationem esse credo. Non enim probari solum potest hoc assertum, sed probatum etiam ipsam servitutem prætensam evertit.

d) Caveat etiam actor, ne se fundet in quasi possessione libertatis, sed simpliciter magis ad libertatem provocet. Id enim qui facit, possessionem probare tenetur, quia possessio non præsumitur, sed semper facti, & animo atque corpore acquirenda est *L. VIII. D. de acquir. vel amittenda possess.* add. Berger. *Resol. Lauterbach. tit. de acq. vel amitt. possess.* ut & *Elect. Proc. Possess. tit. X.* Existimat tamen Wernher. *P. I. Obs. CCLXXIV.* posse judicem, cumprimis, si libello clausula salutaris adjecta sit, imprudentiæ actoris succurrere, atque ex æquitate libellum incongrue formatum perinde accipere, atque si actio negatoria instituta fuisset.

e) Confessoria itaque actione recte utitur ille, cui vi privilegii aliquid a jure communi diversum conceditur, ut alterum ab ejusdem juris exercitio excludat. Negatoria utilis est, quando quis sibi aliquid singulare contra jus commune asserit, & sic aliorum libertatem naturalem turbat. Ut autem illa sine dubio cessat contra eum, cui simile privilegium concessit Princeps, quod eum facere posse rationis est, nisi forsan priori privilegiato ex conventione antecedente jus simul prohibendi indultum, ita hæc, nempe negatoria, tum demum effectum habebit, quando ipsa libertas naturalis lege non est circumscripta Sic frustra in Saxonia libertatem naturalem allegabit, qui jure braxandi ad usum propriæ familiæ utitur, a civitate contradicto, cui indistincte intra milliare jus prohibendi concessum, ne quis cerevisiam coquat. De quo ipso jure prohibendi, ejusque efficacia latius egi in *Introduct. ad Jus Saxon. P. I. Ex. IX, th. XXIV. sq.*

f) Sive consolidationem, quibus vocabulis JCti fere promiscue utuntur, quamvis confusio proprie de personalibus, consolidatio de realibus servitutibus prædicetur. Interest tamen, utrum consolidatio totius prædii intuitu, an pro parte solum fiat. Ibi enim tota servitus cessat, hic pro parte solum extinguitur *L. VIII. §. I. D. de servitut. L. XXX. D. de Servitut. prædior. rusticor.*

g) Quod intellige de eo casu, quando quis fundi dominium acquisivit ad tempus & revocabiliter, v. c. per dotis dationem, vel cum pacto de retrovendendo. Tum enim servitus non extinguitur, sed ejus exercitium saltem suspenditur *L. VII. D. de fund. dotal. L. XVIII. D. de servitut.* Dominio vero fundi in perpetuum acquisito ita extinguitur servitus, ut, subsecuta licet postea alienatione, nunquam tamen, nisi denuo constituatur, iterum reviviscat. *L. XXX. D. de Servit. prædior. urbanor.*

*amitt.* quod tamen restringendum est ad eum casum, quo totus servitutis locus interit[h], & mutatur, ut restitui amplius non possit: restituta enim re, ipsa servitus quasi revivіscit, modo non tantum tempus intercedat, quo ipsa servitus non utendo amittitur. Sic sublato ædificio, cui stillicidii immittendi servitus debetur, & postea reædificato & restituto, pristina servitus redit, quoniam res eadem est propter aream, quæ remansit, etsi forma ædificii mutata fuerit. *l.* 20. §. 2. *ff. de servit. urb. præd.* exemplum quoque occurrit in *l.* 14. *ff. quemadm. serv. amitt.* juncta *l.* 35. *ff. de serv. rust. præd.* conf. *etiam l.* 23. *&* 24. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.*

III. DEINDE amittuntur facto domini, scilicet 1. servitutem remittentis, sive apertis verbis v g. renunciatione *l.* 14. §. 1. *ff. de servit. l.* 6. §. 1. *ff. quemadm. serv. amitt.* sive tacite, permittendo in loco serviente id facere, quo servitus necessario impediatur[i]. *l.* 8. *ff. quemadm ser. amitt.*

IV. 2. PER negligentiam, cum dominus praedii dominantis, vel possessor illius, jure servitutis sibi constitutae, per integrum, inter praesentes decennium, & inter absentes vicennium usus non fuit[k]. *l.* 13. *& seq. C. de servit. & aqua arg. l.* 6. *ff.* §. 1. *quemadm. serv amitt.* ita tamen, ut si servitus sit constituta, qua non nisi alternis, ternis aut quaternis vicibus uti licuit, tempus decennii dupletur. *l.* 7. *ff. eod. l. f. C. de serv. & aqua.* Si praedium sit urbanum, hoc insuper requiritur, ut possessor servientis praedii quid agat, quo servitutis usum impediendo, sibi libertatem pariter acquirat[l]. *l.* 6. *l.* 7. *l.* 32. *pr. &* §. 1. *ff. de servit. urb. præd. l.* 18. §. *ult. ff. quemad. serv. am.* Tutoris

*h*) QUOD secus est in servitutibus personalibus. In realibus itaque, quousque solum vel area remanet, servitutem salvam manere, ejusque exercitium saltem, donec res restituatur, suspendi dicunt. Quo ipso tamen, si recte divino, ipsa regula fere destruitur, cum vix talis interitus cogitari possit, quin aliquid residuum maneat. Adeoque non errant, qui regulam ipsam ad inundationem perpetuam restringunt. Posses tamen & hunc casum addere, quando ipsa fundi species per terræ motum evertitur.

*i*) SI nempe jus suum sibi non expresse reservaverit, & sic de contraria voluntate certo constet. Nec enim aliud ex *L XVII D. Commun. prædior.* conficitur. Qui enim animum suum non clare demonstrat, & tamen in fundo serviente quid fieri patitur, quod servitutem impedit, ille non potest non servitutem remittere. Rem exemplo illustrat LEYSER. *Spec CX. med I.*

*k*) UT vero usus non qualiscunque sufficit, ut servitus acquiratur & conservetur, sed in utente requiritur justa opinio, se suo jure uti. *L. XXV. D. quemadm. servitus. amitt.* Et sic etiam, qui alia aqua usus est, quam de qua in imponenda servitute agebatur, servitutem amittat, *L.* XVIII. *pr. Eod.* Ita e contrario omnis non usus non sufficit, ut servitus extinguatur. Sed hic effectus ut sequatur, usus I) in totum debet intermitti, ut sic, cui iter & actus constitutus, actum conservet, modo statuto tempore iverit *L.* II. *D. Eod.* aliud exemplum vide in *L.* XVIII. *de servit. præd. rustic.* II) Non usus debet esse voluntarius *L.* XXXIV. §. *I. Eod.*

*l*) VERUM differentia, quod nonnullæ servitutes non usu amittantur, aliæ non, neutiquam quærenda est ex earum conditione extrinseca, tanquam aliæ sint urbanæ, aliæ rusticæ, sed ad ipsam potius earum naturam est respiciendum, ita quidem, ut illæ, quarum usus positus est in actu & exercitio ejus, cui debetur, amittantur non usu, illæ vero, quæ in sola ejus, qui debet easdem, patientia consistunt, ad sui amissionem præter non usum requirunt adhuc factum domini prædii servientis, quod contrarium sit usui servitutis, & argumentum interruptæ patientiæ. Unde & fieri potest, ut ad amittendas servitutes prædiorum rusticorum solus non usus nil conferat. Conf. THOMASII *Diss. de Servitute Stillicid.* §. XXIII. *sqq.* BERGER. *Oecon. Jur. L.* II. *Tit* III, §. XXIII. *n* 2. Cæterum, quæ de non usu servitutum diximus, non eodem modo obtinent, quando quis, ubi servituti certus modus præfinitus, eadem abutitur. Nam contra eum, qui servitutem extendit, actio solum personalis

tamen vel curatoris negligentia, item mariti in dotis praedio, non obest pupillo, minori, uxorive. *l.* 10. *pr. quemadm. serv. amitt.*

V. DENIQUE ratione concessionis extinguitur servitus, tum 1.) ob resolutum jus concedentis [m]: exemplum legas in *l.* 11. §. 1. *quemadm. serv. amitt.* it. *textu* 2. *feud.* 8. *in pr.* tum 2.) per oppositam exceptionem, si nimirum adjunctum concessioni tempus veniat, vel conditio existat, *l.* 4. *pr. ff. de serv.*

## TITULUS VIII. DE SERVITUTIBUS PERSONALIBUS NIMIRUM USUFRUCTU, USU, ET HABITATIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Ususfructus definitio.* L. 7. ff. t. 1. De usufruct. & quemadm. quis utat. fruat. II. *Ususfructus aliquando lege, vel officio judicis, defertur: alias voluntate domini.* III. *Persona concedens & acquirens.* IV. *Res habiles.* V. *Modus concedendi.* VI. *Etiam praescriptione acquiritur ususfructus.* VII. *Jus usufructuarii consistit in omnibus emolumentis, etiam metallifodinarum & sylvae.* VIII. *Acquirit fructus naturales separando. Quid jure Saxonico obtineat.* IX. *Civiles fructus quomodo acquirantur.* X. *Boni viri arbitrio re uti debet.* L. 7. ff. t. 9. ususfruct. quemadm. cav. *Inde cautio exigitur.* XI. *Rem etiam* 1. *custodire ac reficere tenetur.* 2. *tributa solvere.* XII. *Quasi ususfructus descriptio.* L. 7. ff. t. 5. de usufructu earum rerum, quae usu cons. vel min. XIII. *Usus descriptio.* L. 7. ff t. 8. de usu & habitat. XIV. *Habitationis definitio.* XV. *Ratione servitutum personalium datur actio confessoria* L. 7. ff. t. 6. si ususfr pet. vel ad al. pert. neg. XVI. *E contrario datur actio negatoria;* XVII. *ex libertate nimirum naturali.* XVIII. *Amittitur ususfructus vel secundum ejus naturam.* L. 7. ff. t. 4. quibus modis ususfructus vel usus amitt. XIX. 1. *morte usufructuarii,* 2. *elapso tempore; vel ex accidenti* 1. *per capitis deminutionem aut negligentiam.* XX. 2. *interitu aut mutatione aut consolidatione. Quid obtineat, si extraneo cedatur ususfructus.* XXI. *Finito usufructu quae actio competat domino.*

I. SERVITUTES personales sunt ususfructus, usus [n] & habitatio. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia [o], *l.* 1.

competit, ad id, ut intra limites sese contineat, & damna data resarciat. Ille vero demum, qui plane aliud facit, quam in servitute est, amissione servitutis punitur *L. XI. pr. D. Quemadm. servitut amittant.* ibique BRUNNEMANN. add. HUBERUM, *Praelect ad d. tit.* §. *VIII.*

*m*) QUOD recte intelligunt de eo casu, quando jus concedentis per se resolvitur, siquidem ea jurium personalium est indoles, ut cum ipsa persona expirent, nec ideo, quas eorum intuitu possessor in se recepit obligationes, successorem stringant. Et sic etiam servitus a Vasallo feudo imposita, neque dominum directum neque agnatos tenet. *II. Feudor. VIII.* §. *I. At,* si ex libera voluntate, vel consentiente eo, qui constituenti servitutem succedit, res servituti obnoxia alienetur, fundus cum servitute transit.

*n*) OMNEM inter duas has servitutes differentiam facili negotio ex nativa verborum uti, frui, significatione derivabis. Usus enim circumscribitur necessitate, fructus res etiam complectitur ad voluptatem comparatas. Quod luculenter demonstravit NOODT. *de Usufruct. Lib. I. cap. II.* elegansque eam in rem locus SENECAE extat, qui in *tract. de vita beata cap. X.* ait: Tu voluptatem complecteris, ego compesco. Tu voluptate frueris, ego utor.

*o*) SED haec definitio ad rerum solum usumfructum, qui in rebus usu non consumtibilibus constituitur, applicari potest. Cum vero & detur quasi ususfructus in rebus fungibilibus, rectius dixeris, usumfructum esse jus utendi fruendi re aliena ex servitute. Erant vero, si verum usumfructum spectes, Romani adeo tenaces principii sui, usufructuarium substantiam salvam conservare debere, ut non eo nomine cavere solum deberet usufructuarius, sed & ne meliorem quidem fundum reddere, eique servitutem acquiro-

*ff. de usufr. pr. I. eod.* hoc est, est servitus, quæ ex re aliena omne emolumentum, quod salva rei substantia inde provenire potest, legitime percipimus *dd. text.*

II. In usufructu, qui voluntate domini conceditur, considerandæ sunt personæ, res, modus. Aliquando vero ex singulari legis dispositione, vel officio judicis, ususfructus defertur [p], quos casus suis locis exponemus. add. Exerc. Nost. *12. th. 5. & 6.*

III. Persona concedens est dominus, vel qui est loco domini, bonæ fidei possessor. *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act. L. 36. ff. de usufr.* sive hic usumfructum sibi retineat, & alteri proprietatem concedat, sive ipse proprietatem retineat, & alteri usumfructum tribuat.

IV. Res habiles sunt, quæ usum præbent, *l. 41. ff. de usufr.* ac utendo fruendo non absumuntur, sed post usum supersunt corpore suo integræ [q], §. 2. *I. de usufr.* sive mobiles seu immobiles *d.* §. 2. potest vero etiam omnium bonorum ususfructus constitui [r], ita, ut acquirenda quoque comprehendantur. *l. 34. §. 2. l. 29. ff. de usufr.*

re posset. Hoc itaque solum præcavebat, ne fundus fieret deterior, quem in finem, ut sartam tectamque conservaret rem, in locum demortuorum capitum in usufructu gregis ex fœtu submitteret, in usufructu horti vel vineæ in vinearum vel arborum demortuarum locum alias substitueret. A qua tamen subtilitate Germani semper fuerunt alieni. Hi enim usufructuario ab antiquis temporibus præter jus utendi fruendi id etiam concesserunt, ut, modo jus domini non interverteret, dominii utilis jure frueretur, imo legem meliorationis fere ex ipsa ususfructus Germanici natura subiret. Schilter. *Ex. XVII.* Idque ipsum variis exemplis & rationibus probatum dedit Beyer. *Jur. German. L. II. cap. XX. per tot.* Indeque facile componi potest lis de definitione feudi, quod usumfructum esse ipsum Jus Longobardicum affirmat.

*p*) Sic itaque ususfructus vel lege vel facto hominis constituitur. Lex usumfructum vel in favorem cujusdam assignat, vel pœnæ loro proprietati substituit. Id in legibus Romanis factum fuisse patris intuitu, ut emolumenta ex bonis liberorum adventitiis percipiat, noto notius est. Eadem ratione Jus Germanicum marito usumfructum assignat in bonis uxoris paraphernalibus, tutori legitimo in bonis pupilli, imo & matri post mortem mariti in bonis liberorum *Land-Recht Lib. I. art XI.* In pœnam deinde secundarum nuptiarum Jus Romanum matrem binubam usufructu rerum a priore conjuge relictarum contentam esse jubet *L. III. & Authent. Uxor. C. de secund. nupt.* Facto hominis constituitur a judice, si res præsertim communis commode dividi nequeat, *L. VI. §. I. de usufruct. L. XXII. §. III. Famil. erciscund.* Idque in omnibus servitutibus judici licet, ita quidem, ut ex officio servitutem prædialem constituat, si fundus forsan alicui alias inutilis fieret, *L penult. D. si servit. vindic. L. XLIV. §. ult. de legat. I.* Aequitatem tamen ubique observare debet judex, ut ille, in cujus præjudicium servitus constituitur, indemnis præstetur. Brunnemann *ad L. XVI. D. Famil. ercisc.* Imo in usufructu assignando id etiam consilii capere judici permittitur, ut eum alternative decernat, & illi qui altero anno proprietatem nudam habuit, altero usumfructum concedat, quod vocant *die Mutschierung.* Privatus denique vel per conventionem vel per ultimam voluntatem usumfructum constituere potest. Ut vero ad effectum juris realis acquirendi quasi traditio conventionem sequatur, necesse est, cum e contrario, ubi judex constituit, sola adjudicatio eundem effectum habeat. §. *ult. J. de offic. judic.*

*q*) Levem tamen attritionem leges admittunt. Et sic non dubitant, quin verus vestimentorum sit ususfructus *L. XV § IV. D. de usufr. L. IX. §. II. D. usufruct. quemadm. caveat.* Distinguunt quidem nonnulli inter vestes quotidianas & festivas, & in his verum solum usumfructum admittunt, non in illis ob §. *II. J. de Usufr.* Sed, si ea, quæ de usufructu vestimentorum egregie disputat Noodtius *Probabil. Lib. II. cap. IV.* curatius pensites, distinctione illa haud videtur opus esse.

*r*) Tali usufructu legato, utrum usufructuarius a creditoribus ob debita hereditaria conveniri possit, dubium oritur, cum usufructuarius tanquam legatarius in jura defuncti non

V. IN modo concedendi, distinguenda est promissio usfusfructus, ab ipsa constitutione, & acquisitione hujus servitutis. *arg. l.* 136. §. 1. *ff. de V. O.* Promissio fit vel pactis & conventionibus, vel ultimâ voluntate §. 1. *I. de usufr.* Ipsa constitutio & acquisitio fit traditione: si nimirum res mobilis detur utenda fruenda. *l.* 7. *pr. ff. usufr. quemadm. cav.* & in rem immobilem, usfusfructus nomine, quis inducatur. *l.* 3. *pr. ff. de usufr.* vel quando quis patitur aliquem uti frui *d. l.* 3. *pr.*

VI. ALIQUANDO & longi temporis præscriptione usfusfructus acquiritur, si quis domino expresse haud concedente, bona fide re aliqua, domino patiente, longo tempore, nec vi, nec clam, nec precario, usus fuit. *l. f. C. de præscr. long. temp.* add. JOH. DEL CASTELLO. *tr. de usufr. l.* 2. *c.* 68. vel etiam longissimi temporis, si error subsit, aut mala fides, *l. 5. C. de præscr. long. temp.* juncta *l.* 8. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*

VII. JUS usufructuarii consistit in perceptione commodorum inde provenientium, ratione quorum etiam onera ferre debet. Quod commoda attinet, percipit omnia emolumenta, quæ ex ipsa re, ejusve accessione, salva rei substantia [r], percipi possunt: & in ejus arbitrio est, an velit ipse uti fruive, an vero alteri locare [s], vel vendere commoditatem utendi. §. 1. *de usu & habit.* add. *l.* 7. *l* 12. §. 2. *de usufr.* Sed quid de metallifodinis & lapidicinis dicendum? distinctio hæc usu recepta est; usufructuarium quidem omnium bonorum, etiam uti frui metallifodinis & lapidicinis, si in ea metallorum & lapidum materia renascatur quotannis: sin vero non renascatur, verus usus fructus non est, cum salva rei substantia percipi non possit *l.* 7. §. 13. *ff. sol. matrim.* CASTELL. *d. tr. lib.* 1. *c.* 37. potest tamen pecuniæ, ex istis proventibus perceptæ,

succedat, atque ideo Doctores tantum non omnes creditores ad proprietarium ablegent. Verum hoc incivile esse & æquitati repugnare, ut proprietarius, qui nulla hactenus ex hereditate percepit emolumenta incommodo exsolvendi credita afficiatur, res ipsa docet. Rationi magis convenit, ut usufructuarius tanquam possessor totius hereditatis solvat, ipsique concedatur facultas, finito usufructu deducendi id, quod solvit, ex corpore bonorum. Idque ipsum legibus & præjudicio firmat LEYSER *spec CVI. med. II.*

r) ITEM, quæ occasione rei percipiuntur, ut sic fructus civiles simul comprehendamus. Licet itaque usufructuarius, quæ ex re vel occasione rei immediate non percipiuntur, sibi haud vindicet, adeoque nec thesaurum suum faciat, qui neque pro fundi parte haberi, neque fructibus annumerari potest, *arg. L. VII. §. XII. solut. matrim.* ut dubitem quoque, utrum jus competat, usufructuario, usuras ex thesauro invento percipiendi, siquidem ille res est a fundo plane separata LAUTERBACH. *Diss. de thesaur. §. XVIII.* MÖLLER *ad Const. Elect Sax. LIII. P. II. n.* 7. utut pars thesauri usufructuario jure forsan inventionis cedat; Ad commoda vero ipsa ex re provenientia, quod attinet, nil omnino interest, utrum frequenter percipiantur, an rarius eveniant, v. c. laudemium, sed indistincte usufructuarius ea facit sua, VOETIUS *ad tit. D. de usufr. § XXVII* unde tritam illam de proventibus metallicis controversiam confici posse existimo. Cum enim omnino falsum sit, metalla non renasci, & tempus solum longius ad renascendum requiratur, dubium esse nequit, quin plenus metallifodinæ usfusfructus relinquendus sit usufructuario, cum nec usfusfructus *sylvæ cæduæ* usufructuario denegetur, etiamsi grandiores arbores longiori tempore ad renascendum opus habeant. *L. IX. §. VII. de usufr.* add. HAHN *ad Wesenbec. d. tit.* LEYSER *spec. CVI. med. VII.*

s) NON tamen jus ejus, qui exercitium usfusfructus ab usufructuario in se derivari passus est, ultra vitam usufructuarii durat *L. VIII. § II. de pericul. & commod. rei vend.* Quare nec jure retentionis utitur, licet vel maxime pignus ab usufructuario in re sibi constitui curaverit *arg. L. VI. pr. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Idque inde est, quia usfusfructus ipse jus personale est, & cum usufructuario expirat.

usumfructum habere usufructuarius, eam fœnori exponere, & quotannis ejus usuras percipere, dummodo ipsam sortem proprietario restituat. BERLICH. *p.* 3. *concl.* 35. *n.* 21. *& seqq.* Similiter sylvam cæduam usufructuarius succidere potest, quoties rami, virgulta vel arbusta, mediocri quantitate sunt renata *l.* 9. §. *fin. ff. de usufruct.* dummodo ita cædatur, ut subcisa iterum ex stirpibus, seu radicibus renasci possit *l.* 30. *pr. ff. de V. S.* cæterum si sylva non sit cædua, aut quæ ut cædua a Domino habita non est, ab usufructuario cædi non potest, materiam tamen ad modicam villæ refectionem ex iis succidere permittitur. *l.* 10. *l.* 11. *I. de usufr.* Item si ex sylva non cædua arbores evulsæ, vel per tempestatem dejectæ, aut alias demortuæ fuerint, ad usufructuarium pertinent; novas tamen, ut bonus paterfamilias substituere debet. *l.* 18. *eod.*

VIII. ACQUIRIT fructus perceptione: percipit autem [w] naturales usufructuarius, quando a solo separavit. *l* 13. *ff. quibus mod. usufr. am.* Si igitur maturis quidem fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit usufructuarius, ad heredes ejus non pertinent jure civili §. 36. *I. de R. D.* jure autem Saxonico in fructibus industrialibus, qui cultura ex terra proveniunt, aliud obtinet, ita ut, si ager vivo usufructuario satus & rastris subactus fuerit, fructus ad heredes pertineant. LAND-R. *Lib.* 2. *art.* 58. CARPZOV. *p.* 1. *C.* 5. *d.* 21. *n.* 4. Similiter fructus vineæ ad heredes pertinent, si maximus labor fuerit absolutus, licet non accesserit cura ultima (*die Ruhr.*) adeo ut, si post diem Urbani usufructuarius decesserit, heredibus uvæ obveniant; quia scilicet circa istum diem cultura vineæ, fere peracta. *d. art.* 58. RICHT. *decis.* 56. *n.* 4.

IX. CIRCA acquisitionem civilium fructuum distinguitur: aut usus rei, propter quem solvitur pensio sive reditus, singulis momentis ab aliquo percipitur, ut ædium, servi: aut vero certo anni tempore, ut agrorum: Illiusmodi reditus pro rata temporis, quo ab alio, reditum solvente, usus vere perceptus, ad fructuarii heredes pertinent, licet dies reditus solvendi, vivente fructuario, nondum venerit, add. BERL. *p.* 3. *concl.* 22. *& concl.* 44. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 32. Hujusmodi pensiones, quæ ratione fructuum, certo tempore provenientium, præstantur, pertinent ad fructuarium & heredes ejus, si colonus illos perceperit; licet tempus pensionis solvendæ nondum venerit ante finitum usumfructum *l.* 58. *pr. ff. de usufruct.* Quid jure Saxonico obtineat [x], colligi potest ex *aphor. praecd.*

X. DEBET vero usufructuarius re uti boni viri arbitrio. *l.* 9. *eod.* h. e. quemadmodum bonus paterfamilias ea usurus fuisset, ne scilicet male utatur, vel in alium usum, quam in quem comparata est [y]. *l.* 13. §. 4. *&* 5. *l.* 9. §. *ult. ff. de usufr.* Quod ut

w) PAUCIS tene regulam: Fructus percepti ab usufructuario statim transeunt ad heredes. Dicuntur autem percepti simulac a fundo separati sunt, licet nondum collecti sint. Fructus non perceptos proprietarius acquirit, ita tamen, ut impensas quærendorum fructuum causa factas restituat. Et hic jure civili nulla inter industriales & naturales fructus est differentia. Sed in Saxonia hoc juris in naturalibus solum obtinet WERNHER. *P. V. Obs. XCV.* Quid circa industriales juris sit, ex Auctore constat.

x) MERCEDES nempe ex prædiis rusticis locatis quod attinet, redunt illæ heredibus usufructuarii, si hujus mors postea continget, quam colonus agrum sevit, & rastro subegit. Sin secus, proprietarius percipit pensionem. Reditus vero ex prædiis urbanis locatis non transmittuntur, nisi postquam dies venit. Modo tamen dies adhuc veniat intra diem tricesimum post mortem usufructuarii, cedunt hujus heredibus CARPZ. *P. III. Constit. XVI def. VII. & Constit. XXXII. def. XIX.* add. HORNII *Diss. de die tricesimo.*

præstet, & rem, finito usufructu, salvam & integram restituat, cautio exigitur [z] *l. 2. C. de usufr. l. 1. & fin. ff. usufr. quem. cav.* Quæ cautio illi, ne quidem voluntate testatoris, remitti potest. *l. 1. C. de usufr. l. 7. C. ut in possess. legat.* sed, ista remissione non obstante, usufructuarius pro interesse proprietarii cautionem præstare rerumque, in usufructu contentarum, inventarium conficere compellitur. GAIL. 2. *O.* 145. CHRISTIN. *ad LL. Mechl. tit. 9. art. 13. num. 3. & 4.* GROT. introd. *l. 2. C.* 38. *pr.* CARPZOV. *p. 3. C 13. d. 12.* Ipse tamen heres remittere potest. DD. *in l. 1. C. de usufruct.* CARPZOV. *d. l.* Pertinet etiam ad officium fructuarii, ut animalia ægrota curet, gregem ex fœtu suppleat *arg. l. 13. §. 2. l. 18. ff. de usufr.* novas arbores substituat. *l. 18. eod.*

XI. ONERA quod spectet, tenetur 1.) omnem rei curam suscipere [a]. *l. 1. in fin. usufr. quemadm. cav.* rem scilicet custodiendo *l. 2. d. t.* reficiendo & salvam tectam servando *l. 7. §. 2. & 3. l. 64. ff. de usufr. l. 7. C. eod.* Intelligendum vero hoc est de refectione modica, sive modicis impensis, in conservationem rei factis: magnos enim, & ad perpetuam proprietatis existentiam necessarios, seu utiles sumptus, retentione, vel actione negotiorum gestorum fructuarius, ejusve heredes, a domino repetunt. *l. 7. §. 2. ff. de usufr.* 2.) tenetur tributa & collectas, aliaque onera, solvere, *arg. l. 7. §. 2. l. 27.*

y) PAUCIS nota: Generatim ea licere usufructuario, quæ ad fructus melius percipiendos faciunt. In re ipsa, ex qua usumfructum percipit, nullum jus habet. Nam hanc ita semper conservare debet, ut maneat eadem res. fundique facies non mutetur. *Sylva* itaque utitur, ut maneat sylva *L. IX. in fin. & XI. sqq. de Usufr.* grege utitur, ut maneat grex *L. LXVIII. in fin. L. LXIX. L. LXXII. §. III. D. Eod.* Germanos vero usufructuarium tam arctis limitibus non circumscribere, jamjam dixi. Quare & faciem fundi, si melior ejus fiat conditio, omnino mutare potest.

z) EO præsertim fine, ut res restituatur in eadem bonitate & qualitate. Indeque opus est aliquali bonorum consignatione, quo certius sit, quantum sit restituendum. BRUNNEMANN. ad *L. I. D. Usufr. quemadm. cav.* LYNCKER. *Diss. de Caution. usufruct.* Cautio vero ipsa ita comparata sit, ut securus fiat proprietarius. Quare realem olim desiderabant Leges. Verum in subsidium omnino admittenda est juratoria cautio, si modo cavens sit homo spectatæ fidei & probitatis. Quam ob rem judicis est inquirere in mores usufructuarii & deinde determinare, utrum admittendus sit ad juramentum, an potius res proprietario, vel tertio, præstita cautione, tradi, lexque illis de exsolvenda certa pensione, vel præstandis reditibus injungi debeat AUTHENT. *generaliter C. de SS. Eccles.* Interim tamen hæc cautio non est de substantia ususfructus, sed ejus naturale solum, I) quia ususfructus ante eam subsistit *L. V. §. I. usufr. quemadm. caveat.* II) quia quibusdam personis remittitur, quod generatim fit, quando lex usumfructum alicui assignat. Lege vero tacente unice a proprietarii, eorumque, quorum alias interest, arbitrio dependet, velintne cautionem præcise præstari, an eam remittere. *L. I. C. de usufr.* Nam ne testator quidem eam cum effectu remittit *L. VII., C. ut in possess. legat.* SCHILTER *Ex. XVII §. LXV.* Sive vero lex, sive proprietarius cautionem remittat, ubique tamen præsupponitur, usufructuarium boni viri arbitratu uti. Quodsi itaque bona postea dilapidare incipiat, cautio recte urgetur, cum & hoc in argumento clausula subintelligatur rebus sic stantibus.

a) QUAE vero suscipitur cura, vel respicit conservationem substantiæ, vel percipiendos fructus. Illius fundamentum est obligatio usufructuarii, vi cujus rem in eadem qualitate & bonitate restituere debet. Hujus ratio in æquitate naturali nititur, cum rationis sit, ut eum sequantur incommoda, qui habet commodum, atque usufructuarius, dum finem, nempe perceptionem fructuum intendit, non possit non & media velle, sine quibus finem obtinere nequit. vid. *L. LIII D. de Usufr.* MEVIUM *P VIII. Decis. CCLX.* Quodsi tamen usufructuarius sentiat, plus oneris, quam commodi ex usufructu redundare, potest ille ex permissu legum ipsum usumfructum derelinquere *L. XLVIII pr. L. LXIV. sqq. Eod.*

§. 3. *ff. de usufruct.* add. *l.* 13. *de impens. in res dot. fact.* nisi fuerint immodica, ipsos fructus exsuperantia [b]. add CASTELL. *dict. tr. c.* 57. CARPZ. 1. *Resp.* 105. *num.* 12.

XII. CAETERUM introductus etiam est quasi ususfructus, earum scilicet rerum, quæ usu consumuntur: ut sunt pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum; quod genus ususfructus ita constituitur, ut cautio præstetur [c], finito usufructu, res ejusdem quantitatis & qualitatis, aut æstimationes earum restitutum iri *tot. tit. de usufruct. ear. rer. quæ us. consum.* §. 2. *I. de usufr.* add. GAIL. 2. *O.* 46. *num.* 2. GROT. *dict. l. tit.* 38. MANTICA *de conjectur. ultimar. volunt. l.* 9. *tit.* 6. *n.* 5.

XIII. USUS in specie sic dictus est jus utendi alienis rebus, salva earum substantia §. 1. *I. de us. & habit.* vel, servitus personalis, qua ex re aliena commodum tantum quotidianum & necessarium [d], salva ejus substantia, ipse quis percipit. *l.* 1. *l.* 19. *l.* 21. *ff. de usu & hab. pr. &* §. 1. *I. eod.*

XIV. HABITATIO est jus alienas ædes inhabitandi; vel est servitus personalis, qua omnem utilitatem, quæ ex inhabitationibus ædium alienarum provenire potest, percipimus [e] §. 5. *I. de usu & habit. l.* 13. *C. de usufruct. & hab.*

*b*) QUAE limitatio, utut satis æqua sit, non tamen videtur prius proprietario onus tributa exsolvendi incumbere, quam appareat, usumfructum plane esse inutilem futurum. Sic vero quod vult tamen ZIEGLERUS *de Jur. Majest. L. II. c. III.* §. *XXXVII.* in computationem excessus non fructus solum & onera unius anni sunt referenda, sed potius ad reditus omnium annorum, per quos ususfructus duravit, erit respiciendum, argumento a conductore desumto, qui sterilitatem unius anni cum ubertate alterius anni compensare debet.

*c*) QUAE ipsa in locum proprietatis succedit, & essentiam ipsius quasi ususfructus constituit. Cum enim §. *II. J. De Usufr. L. II. D. de usufr. ear. rer.* plenam de re dispositionem usufructuario concedat, hicque ideo dominus rei fiat *L. VII. Eod.* certe proprietas omnis fieret inutilis, nisi mediante cautione conservaretur, ob quam fingitur, rem esse perpetuam. Quare, salvo negotio, ne quidem a proprietario remitti potest. Non enim posset non, cautione remissa, negotium in contractum mutui degenerare.

*d*) SIC itaque usus necessitate circumscribitur, in qua tamen dijudicanda ad dignitatem usuarii est respiciendum, & familiam *L. II* §. *I. L. IV.* § *I. L. XII. & XV. de usu & habit.* Eoque temperamento adhibito & naturales & industriales fructus percipit, & impensas etiam pro rata fert, sive in rem ipsam, sive ob fructuum perceptionem fiant, modo deducto eo, quod ad necessitatem pertinet, aliquid residuum sit, quod proprietario accrescat. Sin secus, usuarius solus fert onera *L. XVIII. D. de Usu & habitatione.* Ut tamen usuarius ipse percipiat, necesse est. Nam usum alteri concedi nequit *L. VIII. L. XI. Eod.* cum certe, si hoc fiet, satis indicat, quod ipse usu carere commode possit. Quodsi vero usus aliás esset inutilis, vel conditio usuarii id postulet, leges eum alteri concedere permittunt *L. XII.* §. *IV. penult. pr. Eod.* Minus itaque esse in usu, quam in usufructu satis constat. Nec ideo absurdum est, in una eademque re alterum usumfructum habere, alterum usum HUBER. *P. II. Digress. Lib. II. cap. XVI* ibique THOMASIUS.

*e*) COMPLECTITUR itaque habitatio jus omnem utilitatem ex alienis ædibus ratione habitationis percipiendi, nec interest, sive quis ipse inhabitet ædes, sive aliis habitationem concedat. Et in eo sese satis distinguit ab usu ædium. Hic enim, cum necessitate circumscribatur, jus percipiendi utilitatem ex concessione alteri facta excludit, & usuarium, ut ipse inhabitet, obligat. Sic vero etiam constat, plus esse in usufructu ædium. Nam hic jus quoque complectitur reliquam utilitatem ex ædibus, quatenus habitationi non inserviunt, v. c. ex cellis, ex tabernis, percipiendi. Est tamen in Germania peculiare habitationis jus, quod viduæ nobili ex lege peculiari in prædio defuncti mariti competit, idque cum usu ædium fere coincidit, cum locari tertio nequeat, verum ab eo tamen differt, quia partim integras ædes non afficit, partim secundis nuptiis exspirat BERGER. *Elect. Disc. Forens. p.* 1458. Cæterum hoc in habitationis jure singulare est, quod neque capitis diminutione, neque non usu

XV RA-

XV. Ratione usufructus, aliarumque servitutum personalium, competit actio confessoria, quæ est actio in rem, qua contra quemvis possessorem, aut qualibet ratione impedientem, is, qui usumfructum habet, agit, sibi jus esse utendi fruendi *§. 2. I. de action. l. 5. pr. & §. 1. ff. si ususfr. pet.*

XVI. Praeterea datur actio negatoria, qua dominus adversus eum, qui usumfructum usurpat, intendit jus non esse ei utendi fruendi *d. §. 2. I. de action. rubr. tit. ff. si ususfr. pet.*

XVII. Datur igitur ex libertate naturali hæc actio domino, etiam rem possidenti, *d. §. 2. Inst. de action.* adeoque non tenetur probare, rem suam esse liberam ab usufructu, sed is, contra quem datur hæc actio, & qui arrogat sibi usumfructum in aliena re, istum sibi constitutum probare debet: nisi forte actor asserat, adversarium vi, clam aut precario tenere usumfructum; tunc hoc ipsi probandum erit. *arg. L. 2. ff. de prob.*

XVIII. Amittitur ususfructus, seu usus, vel secundum naturam ipsius ususfructus constituti, vel accidenti, cum alias per naturam durare posset. Priori modo finitur 1.) morte ejus; cui ususfructus (similiter & usus & habitatio) conceditur [f] 2.) elapso tempore præstituto. vid. *tot. tit. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.*

XIX. Posteriori modo amittitur, si vel in persona, vel in re, quid accidat: In persona accidit 1.) quod fiat incapax per capitis deminutionem maximam & mediam, *l. pen. C. de usufr. §. 2. I. eod. t.* 2.) quod sit negligens in usu, vel non utendo [g], vel non recte utendo, vel etiam rem deteriorem reddendo *d. l. pen. §. 1. & 2. C.*

exspiret, quamvis ratio in *L. X. D. de capit. diminut.* tanquam in facto magis, quam in jure consistat, vix genuina videatur. Ut servitus enim in jure consistit. Et, si ad factum habitationis respicias, reliquæ etiam servitutes personales non poterunt non in facto quoque consistere.

*f)* Hoc vero non ad essentialia ususfructus pertinere, sed ad naturalia solum negotii spectare, inde patet, quia pacto mutari potest *L. XXXVIII. §. XII. de verbor. obligat. L. XIV. C. de Usufruct.* Nil itaque obstat, ne in heredes quoque pacto interveniente devolvatur. Quodsi tamen heredibus simpliciter est concessus, ultra heredes primi gradus non durat. Id quod omnia jura personalia commune habent. *L. XIV. C. de Usufruct.* add Wernher. *P. I. Obs CCLXXI.* Hoc singulare est, quod Jure Romano ususfructus filiofamilias constitutus non nisi post mortem patris & filii expiret *L. fin. C. Eod.* quod sine dubio a fictione unitatis, quæ patrem & filium intercedebat, & a perpetuitate Patriæ Potestatis est derivandum. Qua de causa vereor, ne hæc Juris Romani doctrina incongrue in foris nostris applicetur, cum utraque ratio cesset. Distinguunt tamen alii, & filio, antequam e Patris domo exiit, mortuo, patri usumfructum relinquunt, cum filio vero post separatæ œconomiæ institutionem e vivis decedente usumfructum expirare existimant. Hoc etiam postremo loco addamus necesse est, usumfructum personæ mysticæ, sive universitati constitutum spatio centum annorum *L. LVI. de usufruct. L. XXI. quib. mod. ususfr. amitt.* vel dissoluta universitate *d. L. XXI.* finiri. Videtur autem dissoluta universitas, quando solo aratrum superinductum est, de quo ritu confer. Fabri *Semestr. capp. prior.*

*g)* Et quidem in totum. Qui enim parte solum non utitur, partem solum amittit. *L. XXV. quib. mod. ususfr. amitt.* Deinde etiam requiritur, ut per alium non usus quis sit usufructu *L. XII. §. II. in fin. L. XXXVIII. de Usufruct.* Cæterum nil interest, sive ususfructus in re mobili, sive in re immobili sit constitutus. *L. XIII. C. de Servitut.* Imo nec interesse aliquid dicunt, sive de usufructu jam constituto, sive de promisso tantum sermo sit, ut nempe, qui posteriori casu actione personali non utatur, lapsu decem vel viginti annorum excludatur. Eamque sententiam receptam quidem ait Brunnemann. ad *L. XVI. D. quib. mod. ususfr. amitt.* Utrum vero ex ipsa lege allegata probari possit, de eo videant ipsi singularis opinionis defensores.

R

*de usufr.* Speciale vero est in habitatione, quod per non usum non amittatur. *l.* 10. *pr. ff. de usu & habit.*

XX. PROPTER id, quod in re evenit, amittitur ususfructus 1.) ipsius rei interitu aut mutatione, si nimirum in aliam speciem, vel faciem pristina res mutata sit, *l.* 5. §.*pen. l.* 10. §. 1. *ff. quib. mod. ususfr. vel us. amit. l.* 36. *ff. de usufruct.* & domo collapsa, in area non remanet. *d. l.* 5. §. 2. *l.* 10. §. 1. *quib. mod. ususfruct. vel us. amitt.* Si vero priorem rei speciem mutatio non prorsus tollat, ususfructus remanet. *l.* 8. *& seq. quib. mod. ususfruct. vel us. amitt. l.* 36. *ff. de usufr.* add. GROT. *l.* 2. *introd. cap.* 35. 2.) consolidatione, si nimirum usufructuario obvenerit proprietas. §. 3. *I. de usufr. l.* 5. *pr. si ususfr. pet.* vel si usufructuarius cedat usumfructum rursus domino *d.* §. 4. *I. de usufruct.* Nam si extraneo facta fuerit cessio, ipsum jus non alteratur, neque immutatur ususfructus, nec novus constituitur in persona ejus, cui ceditur, sed remanet idem in usufructuario priori. Vid. JOH. A SANDE *tr. de action. cession. cap.* 5. *n.* 35. ubi refutat Donelli, Cujacii, aliorumque sententiam, qui usumfructum per cessionem extraneo factam, plane extingui, & ad propietatem reverti existimant, quam opinionem in praxi nusquam esse receptam, sed e contra apud omnes pro communi regula invaluisse monet; jus cessum quatenus in cessionarium non transfertur, aut transferri non potest, apud cedentem remanere, *arg. l.* 20. *ff. ex quib. caus. maj. l.* 17. §. 1. *ff. de acquir. poss. l.* 38. §. 1. *de solut.* Videtur igitur aliquando non ususfructus, sed perceptio fructuum, ad cessionarium, usque dum vivit cedens, translata [b]. *arg. l.* 39. *de usufr.* GROT. *d. l.* 2. *c.* 39. §. 3. CHRISTIN. *ad LL. Mechlin. tit.* 15. *art.* 6. *n.* 7. *& art.* 7. *n.* 3. *& Decis. Belgic. vol.* 1. *decis.* 129. GARSIAS *tr. de expens. cap.* 10. *n.* 27. nisi tamen cessio contra legis prohibitionem malitiose fuerit facta, quæ adeo nulla est, ut eo ipso cedens omni jure suo cadat: ut si quis v. gr. ædes, in quibus solum usumfructum habet, tanquam proprias alteri cesserit. *arg. l.* 1. *C. de sepulch. viol.* vid. latius PINELLUS *ad l.* 1. *C. de bon. mat. p.* 3. *n.* 38. *&* 39.

XXI. FINITO morte usufructuarii usufructu, dominus habet rei vindicationem: Cæterum si quasi ususfructus sit finitus, stipulatione quidem & cautione de reddendo interposita, datur inde actio, *arg. l.* 9. *ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* §. 2. *I. de usufruct.* Si vero ista non intervenerit, adhuc constante usufructu is, qui concessit quasi usumfructum, omissam cautionem & finito usufructu, quantitatem, seu æstimationem rei condicere potest. *L.* 5. §. 1. *ff. de usufruct. ear. rer.*

# TITULUS IX. DE USUCAPIONIBUS ET PRAESCRIPTIONIBUS.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Modi acquirendi dominium civiles.* L. 41. ff. t. 3. de usurpat. & usucap. II. *Usucapio & præscriptio.* III. *Usucapionis definitio.* IV. *Ab ea olim distincta præscriptio.* V. *Præscriptionis in usucapionem transformatæ descriptio. Præscriptionis in specie ita dictæ descriptio.* VI. *Prio-*

b) QUÆ late hic disputat Auctor, omnia eo redeunt, quod extraneo cedendo usumfructum nihil agatur, non tamen amittatur ususfructus, sed suo tempore, post mortem nempe proprietarii vel aliis ex causis, quæ amissionem ususfructus operantur, ad proprietarium revertatur.

*ris generis præscriptio. Posterioris generis.* VII. *Circa usucapionem & præscriptionem longi temporis notanda persona usucapiens,* VIII. 2. *habilitas rei; Est autem res inhabilis vel quod non sit in commercio, vel ob speciales causas tam propter rei vitium, tam ob favorem dominorum.* IX. 3. *Modus usucapiendi nimirum per possessionem justam, quæ constat bona fide* X. *Et justo titulo.* XI. *Quid specialiter obtineat in titulo pro herede.* L. 41. ff. t. 5. pro herede vel possessore. XII. *In rerum incorporalium præscriptione sufficit præsumtus titulus.* XIII. 4. *Tempus definitum. Quomodo possessio legitime continuanda.* XIV. *Præscriptio longissimi temporis prioris generis.* XV. *Hæc vel est 30. annorum.* XVI. *Vel 40. annorum.* XVII. *Posterioris generis præscriptio. Quid specialiter in mutuo obtineat.* XVIII. *Jure canonico & in hac præscriptione bona fides requiritur.* XIX. *Ex dictis patet 1. quod tenens rem, non ut dominus, nequeat usucapere.* XX. 2. *Quod rebus meræ facultatis non possit præscribi.* XXI. *Præscriptio immemorialis.* XXII. *Qua etiam dominium acquiritur.* XXIII. *Et necessaria est, aliis non sufficientibus.* XXIV. *Jure Saxon. annalis præscriptio respondet civili triennali.* XXV. *Et tricennalis, præscriptioni longi & longissimi temporis.* XXVI. *Quadragenaria vero, item immemorialis & meræ temporales jure Saxon. etiam obtinent.* XXVII. *Quædam usucapionem ac præscriptionem solum suspendunt.* XXVIII. *Quædam interrumpunt; & dicitur usurpatio, quæ est vel naturalis.* XXIX. *Vel civilis interpellatio dicta, tum judicialis; quid obtineat, si possessor absolvatur; it. si actor litem cœptam non statim prosequatur;* XXX. *Tum extrajudicialis: quæ certis casibus effectum habet.* XXXI. *Jure can. quælibet interpellatio, malam fidem inducens, obstat.*

I. HACTENUS dictum est de modis acquirendi naturalibus, sequuntur nunc modi acquirendi dominium civiles, nimirum usucapio & præscriptio [i], nec non certa ratione donatio.

II. USUCAPIO & præscriptio ob publicam utilitatem est introducta [k], ne semper dominia rerum sint in incerto. *pr. I. de usucap.*

*i*) QUAS voces hodie, postquam Justinianus in *L. ult. C. de usucap. transformand.* præscriptionis, (quæ & longa possessione capio in *L. IV. fin. D. pro emt. L. ult. Eod.* & longæ possessionis prærogativa in *L. V. D. de itinere actuque privat.* vocatur) naturam in usucapionem transformavit, promiscue usurpare solemus. Ut autem lex allegata differentiam solum inter usucapionem & longi temporis præscriptionem sustulit, ita olim utramque speciem quam maxime diversam fuisse ex iis patet, quæ ex RAEVARDI *Tribon. VIII. sqq.* docuit HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib. II. Tit. VI. § VIII. sq.* Erat enim usucapio ex Legibus XII. Tabularum, præscriptio partim ex edictis, partim ex novis legibus. Illa exiguo tempore absolvebatur, annali nempe vel biennali, hæc longius tempus desiderabat, *pr. J. de usucap.* Illa nullum inter absentes præsentesque agnoscebat discrimen, bene tamen hæc. Illa ad immobilia solum in Italico solo sita, hæc ad provinciales solum fundos pertinebat.

*k*) NON itaque dubito, quin præscriptio in se spectata in jure Naturali fundata sit, cum ille, qui de juribus suis per longum tempus non est sollicitus, non possit non in eam incidere suspicionem, quod ea dereliquerit, & facto ipso in eorum alienationem consenserit. Quod Paulus etiam JCtus loquitur in *L. XXVIII. pr. de verbor. signif.* add. BOECLERUM *ad Grotium Lib. II. cap. IV.* Præterea finis omnis præscriptionis est tranquillitas publica, quam certitudine dominiorum promoveri, incertitudine periculo exponi, cognitu haud est difficile. Verum probe tamen discernendam existimo præscriptionem, quæ gentes invicem utuntur, ab ea, quæ privatis nocet. Illa enim unice ex præsumta rei derelictione derivanda est, resque, quam alter non curat, alteri jure occupationis merito cedit. Hujus vero fundamentum est pœna negligentiæ, quam, qui per longum tempus jura sua non persequitur, committit. Quod ab aliis quidem in dubium vocari video: Verum ideo nihil muto. Nam vel inde, præscriptionem inter privatos receptam pœnæ vices ob negligentiam subire, cognosci potest, quia præscriptio & illi currit, qui legitimo modo eam non interpellavit, illi vero non currit, qui silentii justas causas allegare potest. Hoc minimum quilibet dabit, requisita præscriptionis inter privatos ad præscriptionem inter gentes neutiquam desiderari. Quod ipsum quoque documento est, noluisse le-

III. Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis, temporis lege definiti. *l. 3. ff. de usurp. & usucap.*

IV. Ab hac olim distincta erat præscriptio longi temporis: Justinianus vero hujus præscriptionis naturam in usucapionem transformavit [l]. *l. un. C. de usucapion. transform.* Præterea jure codicis præscriptio longissimi temporis introducta est. *tot. tit. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* accessit etiam præscriptio immemorialis [m]. *l.* 23. *cum auth. seq. C. de SS. Eccles.* Sunt denique præscriptiones quædam temporales *tot. tit. C. de annal. except. & de divers. temp.*

gislatores re sua quenquam privari, nisi eum, cui culpa imputari possit. Rem egit THOMASIUS *Jurispr. divin. Lib. II. cap. X. §. CXCII sqq.*

*l*) Quo in argumento, numne Justinianus actum egerit, collige ex iis, quæ ex RAEVARDO sua fecit HEINECCIUS *loc. allegat.* Cæterum cum usucapione præscriptio solum longi temporis æquiparata est, eo fine, ut in utraque eadem requisita adessent, nulla inter res mobiles & immobiles, differentia intercederet, tempus idem ubique observaretur, idemque effectus ex utraque produceretur, atque sic in Italia omnique terra, quæ Romano imperio gubernaretur, dominia rerum per usucapionem æque ac longi temporis præscriptionem, acquirerentur §. *I. J. de Usucapion.* Ab utraque tamen adhuc hodie differt præscriptio longissimi temporis, quæ jure Codicis demum introducta. Nam illæ sunt modi acquirendi dominium civiles, hæc non modus acquirendi dominium est, sed exceptionem solum parit, quæ alterius actionem excludit. Illæ semper requirunt justum titulum, quod in hac iterum secus. Postremo res vitiosæ neque usucapi neque longo tempore præscribi poterant, bene tamen longissimo tempore. Supplet enim omnes defectus, nec disputandum de bona fide, justo titulo, sed sufficit temporis lapsum probare, qui ideo sufficere videtur, quia lapsu 30. annorum omnes actiones, etiam perpetuæ, excluduntur. Præscribuntur itaque res, quas ipse antecessor præscribere non potuit, vel ob deficientem titulum, vel ob antecessoris malam fidem, vel etiam propter vitium reale. Quamvis vero ex lapsu temporis titulus & bona fides præsumatur, eorumque probationem possessor suscipere non debeat, exceptio tamen præscriptionis non excludit replicam malæ fidei. Hanc enim, si dominus probare possit, præscriptio ipsa inefficax redditur BERGER. *Oecon Jur. p. m.* 263. Quo ipso præscriptio longissimi temporis satis perspicue iterum a præscriptione immemoriali sese distinguit; quippe quæ præsumtionem juris & de jure operatur, rem legitime esse acquisitam, omnemque probationem in contrarium excludit. Quamvis enim hic iterum quosdam in ea causa esse videam, ut probationem malæ fidei domino reservent, nego tamen, eam præscriptionem, cujus malum initium demonstrari potest, esse immemorialem. Qui enim fieri potest, ut res memoriam excedere dicatur, de cujus initio vel per testes, vel per documenta constat. Et sic demum ea est immemorialis præscriptio, cujus initium nemini notum est. Unde consequitur, per rerum naturam probationem malæ fidei cessare.

*m*) Est hujus sedes in *L. XXVIII. de Probat.* & *L. II. §. VIII. de aqu. & aqu. pluv.* Ex iis vero, quæ antea diximus, commode ita definitur, quod sit illa, quando de principio acquisitæ possessionis nihil constat. Quod enim alii dicunt, tum adesse hanc præscriptionem, quando nemo adest, qui rem in alio, quam in quo nunc est, statu vidit, nec id ex aliis audivit, id rem nondum conficit. Possunt enim testes deficere, qui initii notitiam habent, & documenta tamen ad manus esse, ex quibus de principio acquisitæ possessionis constat. Itaque, si malum initium loquuntur, præscriptioni, quæ ratione deficientis notitiæ a testibus requisitæ immemorialis est, nihilosecius obstabunt, cumprimis, quia exceptioni vel replicæ malæ fidei nunquam præscribitur, nemoque titulum possessionis sibi mutare potest *L. II. C. de præscrips. XXX. vel XL. annor. L. VIII. C. de usufr.* Cæterum ad probandam præscriptionem immemorialem id omnino sufficit, quod testes senes adsint, affirmantes se rem in alio, quam quo nunc est, statu nunquam vidisse, nec aliud ex aliis audivisse. Sola negatio non sufficit, nec rem conficit testimonium de auditu solum exhibitum MYNSINGER. *Cent. I. Obs. XXX.* CARPZOV. *P. I. Const XVI. def. LXXIV.* OCKEL. *de Præscript. immemor. cap. XII. §. II.*

V. Sunt igitur hodie duo præſcriptionum genera: altera præſcriptio eſt, quæ uſucapioni æquiparata, adeoque etiam eſt modus acquirendi dominium rei, a non-domino bona fide, & juſto titulo acceptæ, per continuatam, definitio tempore, poſſeſſionem: altera præſcriptio in ſpecie ſic dicta, quæ eſt modus elidendi jus alienum illud, quo alter contra eum, a quo petit, negligenter per tempus, lege definitum, non fuit uſus, cum uti debuiſſet & potuiſſet.

VI. Prioris generis eſt 1.) præſcriptio longi temporis. *rubr. I. de uſucap. d. l. un. C. de uſucap. transform.* 2.) præſcriptio longiſſimi temporis illa, quæ cum lapſu temporis qualitatem quandam poſſeſſionis reſpicit. *d. l. un.* juncta *l. 8. §. 1. C. de preſcript. 30. vel 40. annor.* Et poteſt 3.) etiam huc referri præſcriptio immemorialis. Poſterioris generis eſt *) 1.) præſcriptio iſta, qua ſolus lapſus temporis, & negligentia ejus, contra quem præſcribitur, attenditur. *l. 1. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* 2.) aliæ præſcriptiones temporales.

VII. Usucapionem & præſcriptionem longi temporis quod attinet, notandum eſt 1.) quis poſſit uſucapere & præſcribere, 2.) quas res, 3.) per quam poſſeſſionem; & 4.) quanto tempore. Uſucapit is, qui a non-domino rem accepit, & qui poſſidere atque dominium acquirere, atque id uſucapere poteſt. *l. 8. §. 1. l. 25. ff. de uſurpat. & uſucap.*

*) Pertinent huc generatim præſcriptiones actionum, maxime perſonalium, ſiva perpetuæ ſint, ſive temporales, ſive civiles ſint, ſive prætoriæ, ſive intereſſe privatum, ſive intereſſe publicum reſpiciant. His omnibus enim leges certum ſuum ita aſſignarunt terminum, ut, qui eum præterlabi ſinat, ipſa actionis amiſſione ex eo ſolo puniatur. Solent Doctores hoc argumentum, quantumque ſpatium cuilibet actioni præfinitum ſit, occaſione tituli Pandectarum de diverſis temporalibus præſcriptionibus late pertractare, quos exſcribere nolo. Non poſſum tamen non vexatiſſimæ illius quæſtionis mentionem injicere, numne hodie, poſtquam Jus Canonicum in *c. fin. X. de præſcription.* bonam fidem in præſcribente præciſe requiſivit, detur ejusmodi præſcriptio, quæ in ſolo temporis lapſu innitatur? Non deſunt certe, qui negant, quique actiones etiam perſonales ſub regula illa generali comprehendunt, inter quos eminent Brunnemann. *ad L. l. D. de diverſ. & tempor. præſcript. n. 61.* Mevius *ad Jus Lubecenſ. Lib. I. Tit. VIII § XIX.* Mynsinger. *Cent. IV. obſ. VI n. 3. ſq.* Leyser *ſpec. CCCCLV. med. VIII.* ſed nec deſunt, qui affirmativam defendunt, ex quibus nominare ſufficiat Coccejum in *Diſſ. de fundam. bonæ fidei in præſcript.* Berger *Diſſ. de jure & æquit. cap. fin. X. de præſcript.* Mencken *Diſſ. an requiratur bona fides in præſcript. action. perſonal.* Wernher. *P. I, Obſ. CLXXXIII. & Supplem. Vol. III. p. 670. Vol. VII. p. 185.* Sed, ut & ego dicam, quid ſentiam, & illi, qui indiſtincte actiones perſonales temporis lapſu expirare ajunt, & illi, qui nullam actionem abſque bona fide præſcriptioni ſubeſſe aſſerunt, rectam viam non ingrediuntur. Id certo certius eſt, Pontificem præſupponere poſſeſſionem rei alienæ tanquam ſuam. Eam itaque, qui ita ſciens poſſidet, in mala, eum, qui ignorans ita poſſidet, in bona fide eſſe aſſerit. Quam ejus mentem clare colligere licet, non ex dicto ſolum capitulo, ſed & ſigillatim ex *c. V. X. de præſcript. & c. II. de Reg. Jur. in 6to.* Dari vero perplures actiones perſonales contra eos, qui rem alienam poſſident, actio commodati, depoſiti, pignoratitia directa ſatis teſtantur. Hæ itaque, quo fundamento a regula eximi poſſint, non video. Sed actiones perſonales ad quantitatem conſequendam comparatas, quod attinet, his certe, quia contra debitorem inſtituuntur, ut de ſuo ſolvat, definitio malæ fidei applicari nequit. Et ſic quoque diſpoſitionem Juris Canonici ad ejusmodi actiones applicari non poſſe, exiſtimo, add. Böhmer. *Jur. Eccl. Proteſt. L. II. Tit. XXVI. §. LIV. ſqq.* Cæterum hæc ipſa controverſia actiones perſonales perpetuas ſolum reſpicit, quæ triginta annos durant. De reliquis temporalibus dubium non eſt, quin ſolo temporis lapſu expirent.

VIII. Usucapi & præscribi possunt res tam corporales, quam incorporales: & quidem hæ per quasi possessionem vere & proprie præscribuntur, seu vere dominium earum acquiritur. *pr. I. de usucap. l. un. C. de usucap. transform. l. fin. C. de praescript. long. temp.* Non possunt autem quædam res usucapi, aut præscribi vel ob generalem inhabilitatem, quod scilicet non sint in commercio. *l. 9. l. 45. ff. de usurpat. & usucap.* vel ob speciales caussas fundatas, aut in ipsius rei conditione, aut in favore eorum, ad quos res pertinet. Propter rei vitium [o], in successorem transiens, specialiter eximuntur res furtivæ, & vi occupatæ, seu possessæ. *l. 4. §. 23. l. 41. ff. eod. §. 2. I. eod.* item amotæ vel expilatæ, *l. pen. ff. rer. amot l. 68. 69. & 70. ff. de furt. l. 35. de usurpat. & usucap.* licet a fure aut invasore non amplius, sed a tertio, in quem alienatæ, bona fide possideantur. *l. 24. eod.* Similiter etiam secundum jus Romanum, quod contra Legem Juliam Proconsuli, vel Prætori donatum est, non potest usucapi. *l. 8. pr. ff. ad L. Jul. repetund.* Sciendum autem, quod purgetur vitium, si res ad eum, a quo initio provenit, revertatur. §. 3. (*al. 8.*) *I. de usucap.* Ob favorem illorum, ad quos res pertinet, exemptæ sunt usucapioni 1.) res fisci § 5. *I b. t.* 2.) res Principis *tot. tit. C. ne rei domin.* 3.) res civitatis *l. 9. ff. de usucap.* 4.) res ecclesiæ *d. t. C. ne rei domin. vel templ.* 5.) res pupillorum; quod ita intelligendum, ut usucapio & præscriptio longi temporis intra annos pupillares quiescat, adeoque nec contra eos incipiat, nec cœpta currat. *l. 48. pr. ff. de A. R. D. l 3. C. de praescript. 30. vel 40. ann.* 6.) res minorum [p], contra quos nullam præscriptionem inchoari posse, sed currere eam, quæ contra priorem, seu antecedentem possessorem inchoata est, salvo tamen minori in integrum restitutionis beneficio, communis Doctorum fere sententia est. Wesenb. *in paratit. h. t. n. 14.* add. Gilkenius *tr. de praescript. p. 3. C. 1. n. 63.* Gebh. *tr. de usucap. cap. 2. §. 2. n. 10.*

o) Romani totam usucapionis materiam Juri Attico debent. Cum itaque rerum furtivarum usucapionem intuitu furis solum detestaretur, nec quin tertius rei furtivæ possessor usucapione dominium earum acquireret, ullibi interdiceret, secuta est postea Lex Attinia, vi cujus vitium cum ipsa re in quemvis possessorem transibat, ut prius usucapi non posset, quam in potestatem domini reversa esset, vel vere, vel ficte, id est, præstita ejus æstimatione, modo tamen sciret dominus, rem suam esse, siquidem in ignorantis domini potestatem res non videbatur reversa *L. IV. §. XII. de usurpation. & usucapion.* Id postea etiam per L. Juliam & Plautiam ad res etiam vi ereptas applicatum est *L. XXXIII. §. II. D. Eod.* Probe tamen discernendum est ab his vitiis realibus violentiæ & furti, vitium personale, si quis clandestine vel precario possidet. Quamvis enim in eo conveniant, quod primus possessor, quia malum initium adest, nunquam usucapiat, imo ne longissimo quidem tempore præscribat, tertius tamen possessor, qui ipse est in bona fide, usucapionem, non obstante clandestinitate vel precario, recte inchoat ex sua persona, & complet, *L. V. pr. D. de divers. tempor. praescript.* ibique Brunnemann. add. Auth. *malae fidei C. de praescript. longiss. temp.* cum e contrario rei furtivæ & vi ereptæ usucapio nec intuitu tertii possessoris procedat, sed talis res longissimo solum tempore præscribi possit. Conf. Brunnemann. *ad L. XI. C. de acquir. & retin. possess.* Ludovici *Diss. de vitio real. & personali.* Jura tamen statutaria nonnunquam breviori spatio res furtivas præscribi permittunt, quale exemplum de equo furtim subrepto occurrit in Jur. Lubec. *L. IV. tit. I. art. III.* Sed confer etiam Mevium *ad d. l. n. 3.* Stryck. *Us. Modern. L. XIII. tit. I. §. VIII.*

p) Addere possumus res quoque dotales, & bona adventitia liberorum, a marito vel patre illegitime alienata. Nec enim uxori, nec liberis præscriptio, quæ tamen & hoc in casu tricennalis esse debet Authentic. *Nisi tricennale C. de bon. matern.* prius currit, quam ab eo tempore, quo matrimonium, vel patria potestas soluta fuit.

IX. Usucapimus ac longo tempore præscribimus per possessionem justam, & legitimam *l. 3. l. 20. ff. de usucap.* & quidem tantum videtur præscriptum, quantum possessum. Gilken. *d. tr. c. 6.* Constat vero justa possessio bona fide, & justo titulo. *l. 5. C. de præscript. long. temp.* Bona fides consistit in opinione [q], qua quis eum, a quo rem accepit, dominum fuisse, atque inde rem suam esse credit, & alienam esse ignorat. *pr. I. de usucap.* E contrario mala fides consistit in scientia, rem esse alienam. *l. 2. §. 1. l. 7. §. 4. ff. pro emt.* Et quidem jure civili sufficit, bonam fidem adesse initio acquisitæ possessionis. *l. 2. pr. pro emt. l. un. C. de usucap. transform.* At jure canonico tempore quoque intermedio semper bona fides exigitur. *c. 5. c. fin. X. de præscript.* quod usu in terris Imperii, & provinciis Saxoniæ observari, tradit [r] cum allegatis Gebhard. *d. tr. cap. 1. n. 29.* in dubio vero bona fides & ab initio, & in progressu præsumitur, adeoque mala fides ab actore probanda erit [s]. Gebhard. *d. l. n. 30.*

q) Malunt alii bonam fidem negative magis, quam affirmative definire, ut non tam in opinione, quam in ignorantia consistat, rem esse alienam, & alii in rem a me possessam jus esse. Berger. *Oec. Jur. p. 143. n. 4. pag. 153. § 21.* Titius *Jur. privat. Lib. II. cap. IX. §. XVI.* Nec respuunt hunc conceptum leges Romanæ *L. CIX. de Verb. Signif. L. XLII. de Reg. Jur.* Verum, cum & fieri possit, ut quis sciat, rem esse alienam & tamen in bona fide sit, quod sigillatim in eo procedit, qui sciens rem alienam possidet, quam tamen putat consentiente domino possidere *§. VII. J. de Obligation. quæ ex del. L. XLVI. § VII. de furt.* ut & in eo, qui sciens rem, vetante quidem jure, sed auctore Prætore possidet *L. CXXXVII. de Regul. jur. L. XI. de acquir. vel amittend. possess.* mallem ego, ne exceptionibus in affirmativa vel negativa bonæ fidei definitione opus sit, utramque definitionem conjungere, atque ita bonam fidem definire, ut & opinionem, se esse dominum, & ignorantiam, alium esse dominum, sub se comprehendat. Ignorantiam tamen facti magis quam juris hic subintelligendam esse, vel inde patet, quod ignorantia juris acquirere volentibus semper nocet *L. VII. de jur. & fact. ignor.* Idque etiam loquitur Paulus *L. II § XV. D. pro emtor.* quamvis excuset juris error, ut quis non habeatur pro prædone, & ab obligatione fructus percipiendos restituendi liberetur, teste Ulpiano *L. XXV. §. IX. de heredit. petit.* Ut sic nulla inter hos textus intercedat pugna.

r) Atque ideo per integrum tempus usucapionis bona fides adesse debet, malaque fides superveniens præscriptionem vitiat, quousque nondum est completa. Post completam enim usucapionem superveniens usucapionem non rescindit Franzkius *Lib. III. Resp. XIII. n. 16.* Berger, *Oecon. Jur. p. 261. n. 6.* Æquitatem interim & justitiam Juris Canonici, multi sunt, qui defendunt, dum Paulum Apostolum *Rom. XIV. 29.* quem præsidem opinionis suæ in partes vocat Pontifex, in eo esse putant, ut non tam de fide salvifica, quam de certa persuasione verba faciat, actumque dubia & scrupulosa conscientia susceptum non in se quidem peccaminosum, ideo tamen peccaminosum statuat, quia non ex certa persuasione suscipitur. Quicquid tamen sit, facile patet, istam Pontificis nimiam subtilitatem non omnem tantum usucapionem reddere inutilem, cum vix forsan reperiatur usucapiens, quin per totum tempus usucapioni destinatum semel dubitaverit de certitudine dominii sui, sed etiam litibus variis occasionem dare, & fundamentum præscriptionis, ut dominia rerum sint certa, evertere Böhmer. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. XXVI. § LII.* add. Coccejum *Diss. de finib. bonæ & malæ fidei.* Quare dispositio Juris Canonici & usucapionis vigor alia ratione simul stare non possunt, nisi inter scientiam supervenientem dubiam, & certam, vel indubitatis, vel ex verosimilibus minimum argumentis, quæ, rem a nobis possessam alienam esse indicant, oriundam eo fine distinguamus, ut hæc quidem, neutiquam vero illa, usucapioni obstet.

s) Rem sic cape: Bona fides præsumitur, ita quidem, ut nec tituli probatione opus sit in præscriptione longissimi temporis. In usucapione & longi temporis præscriptione titulus probari debet, indeque ad bonam fidem argumentum sit, si prius alter, rem ad se pertinuisse, probaverit.

X. JUSTUS titulus est, qui legibus approbatus est, & alias, si a vero domino res tradatur, habilis ad transferendum dominium [t] *l.* 4. *C. de præscript. long. temp.* aliquando error etiam [u], ex probabili & justa causa veniens, titulo non obest. vid. *l.* 11. *ff. pro empt. l. fin* §. 1. *pro suo l.* 48. *de usucap.*

XI. SPECIALITER vero notandum est de titulo pro herede [x], vel pro possessore, quod vetus heres sit bonæ fidei possessor omnium rerum, in hereditate inventarum, licet forte quædam fuerint alienae. Earum igitur tunc procedit usucapio, si verus heres vendat ejusmodi rem, quam putat hereditariam. *l. ult. C. de usuc. pro her. l.* 3. *ff. eod.* Ipse autem verus heres tunc demum usucapiet, si dominus verus, a quo defunctus possedit, dominium suum non ostendat, quae domini intentio nullo temporis longi spatio absumitur. *d. l. ult. C. pro hered.*

XII. CAETERUM in usucapiendis rebus incorporalibus sufficit praesumtus titulus: qui in juribus affirmativis inducitur ex patientia, in juribus negativis incipit a prohibitione, bona fide facta, ne alter quid faciat, quod alias juxta libertatem naturalem facere possit.

XIII. CONTINUARI debet possessio per tempus lege definitum, ubi spectari debet ipsum tempus, quod in mobilibus, secundum jus civile, est triennium; in immobilibus inter praesentes decennium, inter absentes 20. anni *pr. I. de usucap. l. un. C. de usucap. transform.* Deinde considerandum quomodo fiat illius temporis continuatio:

t) TALES sunt, qui sigillatim in *Lib. XLI. Tit. IV. Digest. sqq.* recensentur, nempe pro soluto, pro emtore, pro legato, pro donato, pro dote, pro derelicto, pro adjudicato, transacto, permutato, imo etiam pro suo. De quo posteriori hoc solum addo, quod vel generalis sit, quatenus cum reliquis enumeratis concurrit, cum &, qui emit, qui ex donato possidet, pro suo possideat, vel specialis, quando alia justa possessionis causa deest. Tum enim, modo res nullius fuerit, vel ego putaverim, rem, quam occupo, rem nullius esse, id sufficit, ut pro meo possideam ECCOLD. *ad Dig. tit. pro suo.* §. *I.* Deinde occasione tituli pro derelicto hoc moneo, eo tum demum opus esse, quando non dominus rem dereliquit *L. IV. pro derelicto.* Res a domino derelicta ne usucapione quidem demum acquiri debet, sed statim ab apprehendente acquiritur, si mobilis est §. *XLVII. J. de Rer. divis. L. V.* § *I. pro derelict.* Sin immobilis, dominus prior elapso biennio excluditur. *L. VIII. C. de omni agro desert.* Porro, cum præscriptio longissimi temporis vel plurium annorum nullum desideret titulum *L. VIII.* §. *I. C. de præscript. XXX. vel XL. annor. L. XI. in fin. C. unde vi,* solus temporis lapsus hic instar tituli est. In servitutibus denique præscribendis dominantis exercitium, & servientis patientia tituli vices sustinet, quod alibi jam diximus.

u) ID est, titulus putativus, quando justa putandi causa subest, eaque ex facto alieno, non vero ex errore juris resultet. Sic heres, rem defuncto commodatam aut locatam, existimans, hereditariam esse, conditionem usucapiendi recte transfert. §. *IV. J. de usucap.* Idem judicium esto de procuratore, qui rem, quam commodato acceperit, a se emtam esse asserit *L. XXXVII. de usurpat. & usucap. L. XI. D. pro emto.*

x) UT verbo omnia complectar. Pro herede titulus novus & peculiaris non est titulus, sed heres titulum solum defuncti continuat, ita quidem, ut, si defunctus e. c. pro emto possederit, & heres pro emto possideat. Sin pro locato, nec heres alio titulo rem habeat. Indeque est, quod bona fides defuncti heredi prosit, etiamsi hic de Jure Romano, quo bona fides ab initio solum requirebatur, in mala fide sit, quodque mala fides heredi, qui in omnia vitia personalia defuncti succedit, noceat, etiamsi heres sit in bona fide. Ita clare disponit §. *XII. de usucapion.* Quamvis vero heres usucapionem, quæ justum initium non habuit, continuare nequeat, ex sua tamen persona, si ipse in bona fide est, utut errorem committat, usucapionem recte inchoat.

tio y: Continuatur scilicet possessio sine interruptione, aut in una eademque persona, & tunc res est manifesta: aut in diversis, quando res ab uno ad alium legitime translata: & tunc justa possessio antecessoris prodest successori. *l.* 19. *&* 20. *ff. de usucap.* adeo ut vacuum tempus ad usucapionem heredi procedat *arg. l.* 31. §. *penult l.* 44. §. 3. *ff. eod.* hac tamen servata differentia, quod successor singularis eo tempore, quo apprehendit possessionem, & ipse in bona fide esse debeat. *l.* 13. § *fin. ff. de acquir. poss. l.* 2. §. 17. *ff. pro emt.* successori vero universali sufficiat sola defuncti bona fides. §. 7. (*al.* 12.) *I. de usucap. l.* 2. §. 19. *pro emt.* Jure tamen Canonico & moribus nostris etiam heredis bona fides exigitur, uti supra monitum. E contrario mala fides antecessoris nocet successori tam universali, quam singulari etiam in bona fide constituto. *d.* §. 7. *I. de usucap. l.* 13. §. 1. *ff. de acquir. possess.* Successor tamen singularis a tempore, quo ipse bona fide acquisivit possessionem, praescriptionem incipere, & ita complere potest, non computato tempore, quo v. c. venditor mala fide possedit. *arg. l.* 2. §. 17. *pro emt. l.* 3. *C. de R. V.*

XIV. Praescriptio longissimi temporis est duplex: alia namque respicit una cum lapsu temporis, qualitatem possessionis: alia solum temporis lapsum attendit. Prioris generis praescriptioni locus est z 1.) si defectus, ob quem praescriptio longi temporis non procedit, consistat in titulo, bona vero fides adsit. *l.* 8. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* item si adsit quidem bona fides heredis, deficiat autem bona fides defuncti, tunc heres ex sua persona, h. e. non computato tempore, quo defunctus possedit, longissimo tempore praescribit, *arg. l.* 4. *l.* 7. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Gebhard. *d. tr. c. 1.* §. 4. *n.* 4. 2) si ex requisitis usucapionis deficiat rei habilitas, adsit vero bona fides.

XV. Praescribuntur autem ejusmodi res inhabiles quaedam 30. annis, ut 1. res vitiosae a tertio bona fide possidente. *l.* 7. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* vel etiam non vitiosae, ignorante tamen domino, a malae fidei possessore in tertium bonae fidei possessorem translatae. *Nov.* 119. *c.* 7. *auth. malae fidei C. de praescript. long. temp.* 2. res minorum. *l.* 3. *C. de praescription.* 30. *ann l. ult. C. in quib. causa. rest. in integr. non est nec.*

y) Quomodo tempora a successore universali continuentur, ex antea dictis constat. De successore singulari ita tene. Emtori mala venditoris fides non nocet, si ipse ex sua persona usucapionem impleat *L. V. D. de divers. temp. praescript.* Emtori bona venditoris fides non prodest, nisi ipse sit in bona fide *L. II.* §. *XVII. pro emtor.* Tempora denique inter utrumque conjunguntur, si uterque bona fide possideat *L. XIII.* §. *I. D. de acqu. possess. L. II* §. *XX. pro emtor. L. LXXVI* §. *I D de contrah. emtion.* add. *Comment. ad Constit. omiss. Manip. II. obs. II.*

z) Generatim defectus usucapionis suppleri intuitu tertii rei bonae fidei possessoris, qui rem ab eo habet, qui ipse ob defectum vel tituli, vel bonae fidei, vel habilitatis objecti, praescribere non poterat, Sic heres praescribit ex sua persona rem a defuncto absque titulo possessam. Eadem ratione commodata, vel deposita, quae intuitu commodantis vel depositarii praescriptioni non suberat, a tertio bonae fidei possessore praescribitur. Idem judicium est de re vitiosa, quam alius bona fide accepit. Ipse vero fur vel malae fidei possessor nunquam praescribit. *Nov. CXIX. cap. VII. L. XI. in fin. C. unde vi.* Et illi, qui cum Carpzovio *P. II. Const. III. def. XVI.* ipsum furem praescriptione hac securum esse defendunt, graviter falluntur, cum Jus Romanum utique bonum in praescribente initium absolute requirat, prohibeatque, ne quis sibi titulum possessionis mutet *L. VIII. C. de Usufr. L. II. C de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Consentit Constit. Crimin, *art. CIX.* quam ne de praescriptione longi temporis tantum accipiamus, ipsa praescriptionis indoles clare docet.

3. bona filiorumfamilias computato tempore, ex quo sunt liberati a patria potestate *l. 1. & auth. nisi tricennale. C. de bon. mat.* Juncta *l. 1. fin. C. de annal. except.*

XVI. QUAEDAM 40. annis ut 1.) res fiscales [a], nec non patrimoniales Principis [b]. *l. fin. C. de fund. patrimon. l. 4. C. de praescript.* 30 *vel* 40. *ann.* 2.) bona civitatis. *l. 9. ff. de usuc.* juncta *auth. quas actiones. C. de SS. Eccles.* add. CONSTIT. ELECT. 6. *p. 2. ibique* CARPZOV. *def. 1.* 3.) Ecclesiarum, & aliorum locorum piorum [c] res immobiles. *d. auth. quas act. Novell.* 131. *c. 6.* Mobiles vero secundum communem Doctorum sententiam, etiam Ecclesiasticae, triennio usucapiuntur. add. CARPZOV. *p. 2. C. 5. d. 6.*

XVII. POSTERIORIS generis praescriptio, qua nimirum solus lapsus temporis, seu potius negligentia domini, per longissimum tempus rem suam, vel jus aliquod negligentis, attenditur, obtinet 1.) si dominus per longissimum tempus non petat rem vel jus, ab altero mala fide possessum *l. 2. C. de praescript. long. temp.* 2.) si quis neque vere, neque quasi quid possideat, quod alterius sit, sed alias habeat actionem alter contra istum, & hanc per longissimum tempus non instituat, cum instituere de-

*a*) FISCO plene jam acquisitas. Nondum acquisita sive vacantia, quae nullum heredem habent, quadriennio post nunciationem fisco factam, si nondum nunciata, decennio praescribuntur, modo immobilia sint, mobilia vero triennio *L. XVIII. D. de usurpat. & usucapion. L. I. C. de quadrienn. praescript.* ibique BRUNNEMANN. Plane, qui a fisco rem ex justa causa accipit, statim securus fit, & domino vel illi, coi jus reale in re competit, intra qoadriennium adversus fiscum datur regressus *L. II. C. de quadrienn. praescript.* modo fiscus in alienatione legitime processit. Dixi late in *Comment. ad Constit. omiss. Manip II. Obs. III.*

*b*) AN & bona domanialia? Ita videtur nonnullis. Qui, ne quid dissimulem, praesidium aliquod opinionis in Jure Romano inveniunt, sed non adeo grave. Nam ut noto notius est, Romanis bona domanialia fuisse incognita, ita certe regula generalis, quae de praescriptione bonorum Principis in *L. III. C. de quadrienn. praescript.* occurrit, non statim applicanda est ad bona domanialia, quae in effectu a reliquis bonis Principis patrimonialibus & fiscalibus, quam maxime differunt. Haec Princeps, qua privatus, vel qoa Princeps habet jure quasi proprio *L. II. § IV. ne quid in loc. publ.* Domanialia non ut propria, sed jure usufructuario magis possidet, cum partem territorii constituant ad id destinatam, ut ex reditibus Princeps alimenta capiat. Ipsa itaque horum bonorum natura ex intentione destinantium satis indicat, quod ad eorum classem sint referenda, quorum alienatio & privata acquisitio est interdicta. Sic vero regulae etiam subsunt, qoae praescriptionem immemorialem requirit. *Cap. I. de Praescript. in 6to.* add. *Cap. XXXIII. X de Jurejurand.*

*c*) POSTERIORUM intoitu lex specialis deficit, solent tamen Doctores a rebus civitatis tanquam minus favorabilibus ad illas, ut magis favorabiles, concludere. Quod vero Ecclesiastica bona attinet, com eorum causa NOVELL. *CXXXI. cap. VI.* regulam generalem constituat, quod quadraginta annorom praescriptio Ecclesiae solum opponi possit, dubium non est, quin ad feuda etiam Ecclesiastica applicanda sit. LYNCKER. *Analect. ad Struvii Syntagm Jur. feudal. cap VIII. aph XII. n. 3.* HORN. *Jurispr. feud. C. XI. § IV.* Idem jodicium esto de bonis dotalibus Ecclesiae, quae ad sustentationem clericorum perpetuam destinata sunt. Eo libentius enim hoc in argumento accedo LEYSERO, qui contra exemtionem horum bonorum a praescriptione ex professo disputat *Spec. CCCCLIX. med I. seq.* quo certius est, Jus Canonicum praescriptionem quadraginta annorum in omnibus bonis Ecclesiasticis stabilire, nullamque exceptionem a regula, praeter eam, quae in favorem Ecclesiae Romanae, non nisi per praescriptionem centenariam possessionibus suis privandae, tendit, ullibi occursere, vid. *C. XIII. X. de praescript. C. II. de Praescription in 6to.* Generatim vero privilegium Ecclesiae ratione praescriptionis 40. annorum cessat, tempusque longissimum ordinarium sufficit, quando Ecclesia contra Ecclesiam praescribit, cum privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio.

buisset, & potuisset [d]. vid. *l.* 3. *&* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Et quidem regulariter 30. annis præscribitur [e] hisce duobus casibus; ubi vero in priori genere præscriptionis, aphor. antecendente expositæ, 40. anni requiruntur, ibi etiam in hoc genere præscriptionis tot anni erunt necessarii. *l.* 4. *C. d. t.* CARPZOV. 1. *Resp.* 5. Notandum vero, quod præscriptio mutui seu debiti non incipiat currere præcise a die scripti chirographi, sed vel a tempore solutioni destinato, vel post congruum aliquod intervallum, quod scilicet debitum exigi potuit. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 1. *d.* 6. *& l.* 1. *Respons.* 33. *n.* 16.

XVIII. ILLUD adhuc ex jure Canonico monendum, quod & in hac præscriptione longissimi temporis requiratur bona fides ab initio, ac in progressu. *c.* 5. *c. ult. X. de præscript.* add. CARPZOV. *d. Resp.* 33. *num.* 10. præsumitur tamen ex cursu longissimi temporis bona fides; is igitur, qui malam fidem objicit præscribenti, hanc probare debet [f]. CARPZOV. *dict. Resp* 33. *num.* 1. *&* 2. *& Resp.* 40. *n.* 17. *& seqq.*

XIX. EX principiis usucapionis atque præscriptionis hactenus explicatis, deduci potest 1.) quod is, qui a vero domino rem tenet, vel ex contractu aliquo dominium non transferente, v. g. ex commodato, vel ita, ut jus quoddam concessum in ista re habeat, v. c. usumfructum, emphyteusin, ad obtinendam rei proprietatem, nulla temporis præscriptione se munire queat [g], cum scilicet non possit possidere ut dominus, neque animo sibi aliam possessionem, quam initio tenuit, adscribere queat *l.* 8. *C. de usufr. l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* nisi aliquid interveniat, quo quis in-

*d*) ET sic lapsus temporis eadem ratione excludit actorem, acsi reus ipsi satisfecisset *L. XLV. in fin. de administr. & peric. tutor.* Ut tamen hic effectus sequatur, requiritur I) actionem jam natam esse cum effectu *L. I. §. II. C. de annal. exception.* Inde actio pignoratitia ad reluendum pignus ante debiti solutionem non subest præscriptioni *L. IX. §. II. de pignorat. action.* II) ejus executionem non esse impeditam. Non enim valenti agere non currit præscriptio. Sic filiofamilias, cui sub Patria Potestate constituto actio de bonis maternis denegatur, currit demum præscriptio, postquam a potestate liberatus est *L. I. in fin. C. de annal. præscript.* Eadem ratione actio de dote restituenda quiescit durante matrimonio *L. VII. § IV. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* III) non esse interpellatam vel interruptam præscriptionem *L. fin. C. de annal. except.* add. STRYCK. *de action. investig. Sect. III. membr. I. ax. I. seq.*

*e*) SUNT tamen plures temporales præscriptiones, quæ termino perbrevi finiuntur. In Jure Romano inter alias obvia est præscriptio tridui in *L. unic. de gland. legend* viginti dierum *in L. unic. § ult. C. ut omnes judic.* duorum mensium *in L. XLVI. §. IV. D. de Jur. fisc. L. XXXVIII pr. de ædilit. edict.* sex mensium *in L. XIX. §. VI. Eod.* biennii *in L. final. C. de dol. mal.* quinquennii *L. VIII. §. X. D. & L. penult. C. de inoffic. testament.* Aliæ occurrunt in Jure Canonico, quæ vide apud STRYCKIUM *d. tr. Sect. IV.*

*f*) ANNE vero, qui probare non potest, malam fidem, in ignorantia refugium quærere, & restitutionem in integrum contra præscriptionem adimpletam urgere potest? Minime. Sunt enim jura vigilantibus scripta, non supine ignorantibus. Et certe ipsa illa ignorantia per tantum temporis spatium durans incuriam & negligentiam domini satis prodit. Nec est, quod urgeas, non valenti agere non currere præscriptionem. Hæc regula enim accipienda est de impedimento juris, non de impedimento facti. LUDOVICI *Diss. de Præscription. nonagen. §. VII. seqq.* Idem judicium esto de præscriptione quadragenaria contra fiscum. Nam ne huic quidem prætextum ignorantiæ prodesse ex NOVELL. *CXIX. cap. VII.* AUTHENT. *Malæ fidei C. de præscript. longi tempor.* facile colligimus.

*g*) ATQUE hanc unicam rationem, quod nemo sibi ipsi titulum possessionis mutare queat, quodque illi de præscriptione cogitanti malum semper initium obstet, tantæ efficaciæ esse existimo, ut gravis illa controversia de præscriptione juris reluendi pignus inter Doctores agitata statim componatur. Utut enim habere possint, qui præscriptionem admittunt, quod con-

S 2

cipiat rem ut suam possidere: nimirum si repetenti domino rem, contradicat, & dominus acquiescat, vel aliquid deneget domino v. gr. canonem emphyteuticum, tunc hujusmodi facto noviter quasi & aliter incipit quis possidere, adeoque ex illo tempore incipit præscriptio, sive longi, sive longissimi temporis, secundum terminos habiles, add. SYNTAGM. NOST. FEUD. *c. XV. aph. 3. n. 5.*

XX. 2.) QUOD in rebus meræ facultatis non locum habeat ulla præscriptio: Dicuntur autem res meræ facultatis [h] actus, a mero arbitrio alicujus dependentes, quorum proinde exercitium, omissiove, nullum jus, nullumque præjudicium tribuit. Tunc vero demum illa mera facultas, seu liberum arbitrium restringitur, & ab altera parte juris cujusdam quasi possessio acquiritur, si alicui, pro lubitu actum celebraturo, alter prohibuerit, atque ille prohibitioni acquieverit: ut si dominus molendini prohibuerit aliquem ad aliud ire, isque prohibitioni morem gesserit, tunc ex illo tempore currit longissimi temporis præscriptio. GEBH. *d. tr. c. 3. §. 2. n. 18.* add. GROT. *de I. B & P. l. 2. c. 4. n. ult.*

XXI. PRAESCRIPTIO immemorialis est, in qua nulla bona fides, nullus titulus [i], nulla rei qualitas attenditur, sed tantum rem, vel jus esse neglectum tanto tem-

tra reliquas rationes, quibus a præscriptionis cursu istud jus vindicant alii, urgeant, quid tamen ad istam a nobis adductam rationem respondere possint, conjectura vix assequimur.

*h*) IN definiendis his rebus Doctores quam maxime variant. Recenset plures definitiones GRIBNERUS *Diss. de jure suffragandi usu intermisso non pereunte Tom. IV. opuscul. Jur. Publ. Sect. IV.* & novam de suo addit, quam suam quoque facit LEYSER. *Spec. CCCCLXII. med. I.* Aliam profert MEVIUS *P. I. Decis. LX.* COCCEJUS *Diss. de reb. meræ facultat. §. VI.* Aliam iterum LYNCKER. *Analect. ad Struvii Syntagm. Jur. Civ. Lib. XVI. tit. III. §. XXII.* Ex omnibus optimam esse definitionem a Gribnero formatam non diffiteor. Sed angustior tamen est suo definito, cum actus meræ facultatis non ex jure omnium communi tantum, neque ex jure civitatis tantum descendant, sed prætereа etiam aliis, qui in certo statu vivunt, competant. Sunt igitur nobis actus meræ facultatis actiones subditorum licitæ & in lege vel universali vel provinciali ita permissæ, ut quilibet vel qua homo, vel qua in certa societate vivens eas jure proprio expedire, & ab earum exercitio invitus nullo tempore excludi possit. Non opus est, ut, quid per actiones licitas & permissas intelligendum sit, prius explicem. Illæ sunt, de quibus lex plane silet, atque sic arbitrio agentis unice relinquit. Hæ sunt, quarum exercitium lex actu positivo concedit, quasque expediendi facultatem indulget. Id solum moneo, legem duplici præsertim ratione permittere, vel ita, ut quis proprio jure aliquid, si velit, expedire possit, vel ita, ut vi privilegii jus expediendi habeat. Hoc si fit, non omnis necessitas agendi cessat, siquidem non usus lapsu certi temporis conjunctus privilegiatum privet privilegio. Illo vero in casu liberum cuivis manet arbitrium faciendi vel omittendi. Idque habere potest, ut homo, quatenus Jus universale permittit, vel ut subditus, quatenus lex provincialis omnibus subditis aliquid indulget, vel ut civis, quatenus lex civitatis eum juris cujusdam participem reddit, vel denique, ut pater, ut dominus, ut maritus, ut Nobilis, ut Doctor, quatenus his statibus lex peculiaria jura assignet. Sic vero facile assentior Gribnero, fundamentum actuum meræ facultatis non in sola libertate naturali collocandum esse, præterea autem non actiones solum, quæ a jure civium dependent, sed & reliquas omnes permissas, quæ in privilegio non nituntur, ad classem actuum meræ facultatis refero. Quorum natura in eo consistit, ut nullus temporis lapsus arbitrium agendi vel omittendi excludat, nisi arbitrium ipsum & libertas agendi ab adversario usucapiatur *L. VI. pr. de Servitut. prædior. urban.* id est, adversarius agentem prohibuerit, hic in prohibitione acquieverit, temporisque lapsus accesserit BERGER *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II § XXII. n. 1.*

*i*) DE titulo clara lex extat in *C. I. de præscriptionibus in 6to* quod in præscriptione immemoriali haud desideretur. Bonam fidem vero & hic adesse debere, colligunt ex *cap. ult. X. de præscript. & L. II. C. de præscript. XXX. vel XL. annor.* Sed ex lapsu tam longi temporis tamen

pore, cujus initii memoria non extat. *l. 23. cum auth. seq. C. de SS. Eccles. c. 26. §. praeterea X. de V. S. c. 1. de praescript. in 6.*

XXII. Acquiritur hac præscriptione non solum exceptio, sed & dominium, nisi notoria mala fides, & improbitas manifesta resistat. *d. c. 1. de praescr. in 6. it. c. 7. de privil. in 6.* Gebhard. *d. c. 5. n. 3.*

XXIII. Necessaria est hæc præscriptio [k], quoties nulla præcedentium sufficit, nimirum 1.) in præscribendis rebus, testamento alienari prohibitis. *l. 3. §. 3. cum auth. seq. C. com. de leg.* 2.) in rebus dotalibus. *l. 30. C. de jur. dot.* 3.) in rebus civitati, vel piis causis testamento, vel alio titulo inter vivos, concessis. *l. 23. C. de SS. Eccles.* 4) in immunitatibus a functionibus publicis. *l. 4. l. 6. C. de praescr. 30. vel 40. ann.*

præsumunt, eam adesse, & adversarium, qui malam fidem allegat, ad ejus probationem adstringunt. Nec alia mens est Auctoris. Quod enim eo non extendi velit thesin suam, tanquam probatio malæ fidei per lapsum temporis plane excludatur, ex Aphor. sequenti dilucide apparet. Verum enim vero, quando præscriptio immemorialis ea est, cujus initii memoria non extat, (talem autem eam esse, omnes uno ore fatentur) vellem ego scire, qui fieri possit, ut vel titulum præscribens probaret, vel adversarius de malo initio fidem faceret. Certe enim, ubi de titulo deque origine constat, ubi malum initium doceri potest, non est præscriptio immemorialis. Sic vero fieri non potest non, quin immemorialis præscriptio omnem probationem vel tituli vel malæ fidei excludat, atque præsumtionem juris & de jure operetur, rem legitime esse acquisitam, ea vero ratione, possidentem ipso jure contra dominum supervenientem securum præstet.

k) Generatim necessaria est in omnibus iis rebus, quarum alienationem & privatam acquisitionem lex vetat *C I. de praescript. in 6to*, quarumque alias privatus non est capax. Indeque generalem formant conclusionem, quod & tunc efficaciam habeat, si quis jura exerceat, quæ a Principis tantum concessione dependent, hujusque opinionis stabiliendæ causa ad *L. III §. IV. de aqu. quotidian. L. I §. XLII Eod. & L. XVIII. § I. de aqua & aquæ pluviæ* item *L. III. §. I. de Colleg. & corpor. opific.* provocant. Ex his vero præsuppositis ulterius deducunt, omnia regalia, quæ citra concessionem Principis privatus possidere nequit, præscriptioni immemoriali subesse. Displicet tamen hæc extensio iis, qui in ea causa sunt, ut subditis jus regalia præscribendi denegent. Quod sigillatim egit Thomasius *Dissert. de praescript. regal. ad jura subditorum non pertinente* Beyer. *Spec. Jur. Germ, L. II. cap. II. pos. XXXVIII. seq.* Nolo hanc litem meam facere, quamvis negare non possim, rationes eorum magni esse ponderis, meque ideo alibi eorum opinionem esse secutum. Sed dies diem docet. Dicam itaque, quid jam sentiam. Primo existimo, Principem omnino præscriptionem contra se admittere debere, quatenus est Juris Naturalis, nec in pœna negligentiæ solum consistit. Utut enim Beyerus juris gentium rationes ad rem præsentem non quadrare opinetur, cum hic non inter gentes, sed inter Principem & subditos disputetur, quia tamen respectu ad Jus universale habito Princeps, ut homo, considerari solet, id intuitu subditorum quoque contra se admittere debet, maxime cum ratio præscriptionis locum habere, nec non jus a Principe semper neglectum derelictum judicari possit. Sed & hoc addam necesse est, hæc solum procedere in iis, quæ Princeps privatis concedere solet, quæque salvo imperio concedere potest. Cum enim Princeps iis commode carere possit, nec dignitati & auctoritati ejus quicquam decedat, quando expressa ejusmodi jura in alium transfert, quidni etiam careret iisdem ulterius, si ipsi præscriptio immemorialis objicitur. Quod ad regalia autem attinet, quæ imperii partem ita constituunt, ut eo salvo abesse nequeant, & sic privatus, qua subditus, eorum per se capax esse non possit, ea præscriptione immemoriali haud acquirere poterit subditus, cum ipsum subjectionis vinculum ei obstet, ne ex temporis lapsu sibi adscribat, quæ ad id comparata sunt, ut Princeps & subditi invicem differant. Et sic verbi causa quando subditi præscriptionem urgent contra Principem ea intentione, ut potestatem legislatoriam vel tollant vel minuant, id effectum vix habebit. Quapropter nec privilegium temporis lapsu acquisitum eo effectu contra Principem urgeri poterit, ut facultatem illud per novam legem revocandi non ha-

denique 5.) in Regalibus majoribus & minoribus. GEBHARD. *d. tr. c.* 5. *n.* 12. RICHTER. *p.* 1. *dec.* 21. *n.* 52.

XXIV. CAETERUM jure Saxonico usucapioni triennali (*de qua aphor.* 13.) respondet præscriptio annalis, qua res mobiles, intra annum & diem, *Jahr und Tag*, h. e. unum annum, 6. septimanas & 3. dies præscribuntur. LAND-R. *l.* 1. *art.* 28. *l.* 2. *art.* 44. junct. LEHN-R. *c.* 16.

XXV. PRAESCRIPTIONI longi & longissimi temporis respondet unica præscriptio tricennalis, qua annis 31. 6. septimanis & tribus diebus, *binnen* 30. *Jahren*, *Jahr und Tag* præscribuntur res immobiles, jura & actiones, LAND-R. *l.* 1. *art.* 29. COLER. *in c. quoniam de præscript. n.* 33. *&* 34. GEBHARD. *d. tr. c.* 4. *n.* 9. *& seqq.*

XXVI. UBI vero jure Civili 40. anni requiruntur, iis casibus jure Saxonico idem obtinet: sicut & præscriptio immemorialis, & reliquæ meræ temporales jure Saxonico haud sublatæ. GEBHARD. *d. loc. n.* 13. CARPZ. *decis.* 28. *&* 1. *Resp.* 35.

XXVII. ULTIMO loco addendum, quædam usucapionem, atque præscriptionem interrumpere, quædam vero solum ad tempus aliquod impedire: ita nimirum ut intermedium illud tempus non computetur [l]; priora tamen & sequentia tempora, ad absolvendam usucapionem uniantur. Ita 1.) non currunt tempora, quibus ob reverentiam filius a patre bona materna, vel etiam uxor res a marito non petiit. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 3. *d.* 11. *& l.* 1. *Resp.* 40. 2.) non procedit usucapio tempore belli & pestis, modo sit justitium, h. e. jus omnino propter belli, ac pestis tempora non reddatur. add. SPECIAL. CONSTITUT. *in Recess. Imperii* [m] *de anno* 1654. §. *So viel nun die Capitalia belanget.* 172. 3.) ob ætatem pupillarem & minorennem [n], uti jam supra monitum, 4.) ob

beat, cum ipse temporis lapsus sit instar concessionis expressæ, ea vero ratione sine dubio eodem jure æstimanda concessio præsumta, ac expressa, quam voluntate contraria a Principe tolli posse, nemo in dubium vocat.

*l*) QUOD vocant præscriptionem dormientem. Idque duplici modo contingere afferunt, 1) quando ex legis dispositione plane non currit, 2) quando cœpta quidem est, sed propter impedimentum aliquod justum continuari nequit, donec impedimentum sublatum sit. Verbo: quia fundamentum præscriptionis civilis est negligentia, consequens est, quod negligentia cessante, nec præscriptio currere possit. Indeque enata est regula: Quod non valenti agere non currat præscriptio.

*m*) DE qua constitutione, cum specialis sit, & de bello tricennali solum loquatur, Doctores dubitant, an ad alia bella trahi possit. Negat hoc MANZIUS in *Asylo debitorum & credit. calamit. belli tricennal. ad paupert. redact.* quia alia bella neque tamdiu durant, neque totam patriam ita una ruina involvunt. Verum, quamvis negari non possim, id plane singulare esse in hac lege, quod præscriptio jubeatur cessare, sive justitium fuerit, sive non, ipsa tamen æquitas & naturalis ratio suadet, præscriptionem dormire debere, quando occasio deficit, jus suum persequendi. Hanc vero cum non belli solum sed & alia Reipublicæ calamitas præscindere soleat, non dubito ego, quin generatim in calamitate publica, & sic etiam tempore pestis, vid. CARPZ. *P. II. Decis. CXVI.* cessare debeat præscriptio, quatenus ista calamitas cum justitio, id est interstitione & cessatione juris, ut GELLIUS explicat *Noct. Attic. Lib. XX cap. I.* est conjuncta. Imo nec dubito, quin dispositionem ad eum casum applicem, quando judicia quidem aperta sunt, litigantes autem, ad quod tribunal eant, nesciant. Quale exemplum habet LEYSER. *Spec. CCCCLXIII. med. X.*

*n*) SIC vero Auctor, si huic §o junges §. præc. VIII. sub no. V. in ea est opinione, pupillorum æque ac minorum intuitu præscriptionem ita dormire, ut ne quidem inchoari possit, inchoatam vero, quod pupillos attinet, non continuari, minori vero salva restitutione in integrum currere. Dubitat vero idem de hac opinio-

absentiam, potentiam, furorem aut infantiam adversarii: ubi tamen opus est *, ut ad cursum præscriptionis sistendum, quis utatur illa interruptione, quæ traditur in *l. 2. C. de ann. except.*

XXVIII. Interrumpitur ac interpellatur usucapio, quando non est continua *r* & quieta possessio, adeoque cœpta usucapio non potest compleri, & dicitur usurpatio. *l. 2. ff. de usurp. & usuc.* Est autem duplex: naturalis & civilis *l. 5. d. t.* Naturalis usurpatio est, quando quis possessionem ipsam amittit. *l. 4. § 22. l. 5. l. 15. ff. d. t.* Huc etiam pertinet, quando quis ab usu rerum incorporalium seu jurium, per pignorationem, aut similem prohibitionem, arcetur & repellitur. *l. 4. §. 27. d. t.* add. Constit. Elect. 7. *p. 2. ibique* Carpz. *def. 1. sequ.* *s*

XXIX. Usurpatio civilis in specie interpellatio vocatur, qua possessori non quidem possessio ipsa adimitur, vel intervertitur, sed jus tantum possidendi in dubium vocatur: estque alia judicialis, alia extrajudicialis. Judicialis est, quæ fit in judicio; & quidem præscriptio longissimi temporis etiam per citationem interpellatur. *arg. l. 3. C. de prascr. 30. vel 40. ann.* usucapio ac præscriptio triennii, ac longi temporis, non nisi litis contestatione *t* *l. 18. ff. de R. V. l. 26. C. eod. l. 10. C. de præscript.*

ne in *Exercit. ad D. XLIII. § X.* Res ita facile conficitur. Contra pupillos nulla præscriptio neque inchoari neque continuari potest *L. XLVIII. pr. de acquir. rer. domin.* Intuitu minoris idem obtinet, si respicias eas præscriptiones, quæ citius, quam triginta annis elapsis finiuntur *L. III. C. quib. non objicit. long. tempor. præscript.* Quæ triginta annos & supra desiderant, contra minorem & inchoantur & inchoatæ currunt, salva tamen restitutione in integrum *L. III. C. de præscript. XXX. vel XL. annor. L. ult. C. in quib. caus. restit. in integrum non est necess.*

*o*) Ergo dici non potest, quod ex his causis præscriptio dormiat. Dum enim *L. II. C. de annal præscript.* remedium protestationis ita præscribit, ut eo adhibito præscriptio interrumpenda sit, per se quoque patet ei, qui huic remedio non utitur, posse negligentiam imputari, ea vero ratione causam cessare, quare dormiat præscriptio. Et hoc in casu ne prætor quidem restitutionem in integrum concedit. Subintellige tamen casum præsentem eum esse, contra quem alter absens præscribit. Absenti vero, ut & aliis ab Auctore nominatis currit quidem præscriptio, possunt tamen postea, vel ex speciali legis privilegio, quod v. c. iis, qui necessario ex causa excusabili absunt, competit, vel concurrente justo impedimento, verbo, si neque dolus neque culpa ipsis imputari potest, restitutione in integrum ex clausula Prætoris generali oti.

*p*) Inde vero apparet, præscriptionem quidem complendam, non vero completam interrumpi posse. Tantumque abest, ut mala fides superveniens perfectæ usucapioni noceat, quin ne conscientiam quidem oneret. Berger. *Oec. Jur. p. 254.*

*q*) Imo potius indistincte præscriptio interrumpi videtur per solam citationem. Nam *L. II. C. de annal. except.* hoc unum sufficere jubet, ut in omni temporali etiam 30. & 40 annorum præscriptione cursus per protestationem in judicio factam impediatur, etiamsi præscribens protestationem interpositam nesciat. Quidni eundem haberet effectum, quando sciens certior fit mediante citatione, esse, qui possessionem suam in dubium vocet. Cessat enim in utroque casu ex parte ejus, contra quem præscriptio cœpta, negligentia, quæ fundamentum est ipsius præscriptionis. Quare, licet vel maxime reus dilationem impetret, & interim usucapionis tempus compleat, exceptio tamen ipsi haud proderit, cum possessio per citationem semel sit interrupta Stryck *in Not. ad Brunnemanni Jus Ecclesiastic. Lib II. cap. XI. §. VII. verbo; nuda citatio.* Idque unum cum sufficiat, citationem esse emissam, parum etiam proderit usucapienti, etiamsi libellus tanquam ineptus rejiciatur. Existimarem quoque, nihil interesse, utrum a judice competente, an ab incompetente concepta esset citatio, cum, qui libellum offert, quantum in se est, id agit, ne negligens in persequendis juribus suis videatur. Nimisque durum esset, ei, qui animum rem sibi conservandi declarat, hoc tantum obesse, quod judicem incompetentem adiisset.

*long temp.* Jure Saxonico præscriptio tricennalis etiam sola interrumpitur citatione. CARPZOV. *d p.* 2. *C.* 7. *d* 4. Si vero actor non obtineat, sed possessor absolvatur, nihil litem motam præscriptioni obstare, æquior est sententia [r]. *l.* 18. *l.* 21. *de R. V.* Sin actor cesset in lite cœpta prosequenda, hæc interruptio isthoc operatur, ut huic actori (non ali vid. *l.* 5. *ff. de usuc.*) perpetuetur actio usque ad 40. annos, a tempore quo ultima cognitio facta, *l. fin. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.*

XXX. EXTRAJUDICIALIS autem interpellatio fit per denunciationem privatam [s], contradictionem, vel protestationem, ac non nisi certis casibus effectum habet. Ut 1.) in *l.* 17. *C. de R. V.* 2.) in *l.* 2. *C. de ann. except.* 3.) in *l.* 20. *§.* 11. *l.* 25. §. 7. *ff. de petit. hered.* 4.) in *l.* 2. *C. de servit.* 5.) in actionibus personalibus. vid. GEBHARD. *d. tr. c.* 1. §. 4. *n.* 9. *c.* 3. *§. fin. c.* 3. §. *ult.* Sufficit autem, ad incorporalium rerum seu jurium præscriptionem prohibendam, etiam extrajudicialis prohibitio, protestatio, vel pignoratio. GEBHARD. *d. l.* Et quidem moribus Saxonicis pignus captum judici tradendum est *d. Const.* 7. *p.* 2. *d.* 2. Præscriptiones aliæ temporales, sola libelli porrectione interrumpuntur [t].

XXXI. CAETERUM cum jure canonico & hodiernis moribus, *uti aph* 9. monitum, omni tempore usque ad completam usucapionem, bona fides requiratur: ideo quocunque tempore superveniens mala fides, & quælibet interpellatio, modo malam

Imo *d. L. II. C. de annal. except.* ad effectum interrumpendæ præscriptionis plus non requirit, quam voluntatis declarationem judicialiter factam. Sed praxis tamen, citationem solum a competente judice emissam istum effectum sequi, defendit, vid. WERNHER. *P. I. Obs. CCXXXII.* In eo autem facile assentior WERNHERO, quando *P. II. Obs. CCCCLXXII.* negat, citationem interrumpere præscriptionem, quam judex proprio motu emisit, cum negligentia cessare non possit, nisi ille, contra quem præscriptio cœpta est, ante tempus completum animum interrumpendi declarat, & res ista in notitiam ejus, qui præscriptionem incœpit, perveniat.

*r*) QUAMVIS enim *L. I. C. de præscript. long. tempor.* id unicum desideret, ut lis mota sit possessori in judicio, indeque alii colligant, nihil interesse, vincatne possessor an vincatur, ex aliis tamen legibus in subsidium vocatis, sigillatim ex *L. II. pro donat. L. II. §. ultim. pro emtor.* ut & ex ipsa ratione satis patet, victori calumniam actoris obesse non posse. Argumenta, quæ a dissentientibus proferuntur, diluit WERNHER. *P. I. Obs. CCCXXX.*

*s*) SIMPLICEM tamen denunciationem sufficere non credo, si extrajudicialiter fiat interpellatio, ut bona quoque fides cesset, sed necesse esse credo, ut argumenta denuncians offerat convincentia vel maxime verosimilia, quæ bonam fidem tollunt. Aperte enim fatetur PAULUS in *L. XL. pr. de hereditat. petit.* bonæ fidei possessorem non temere debere jus suum indefensum relinquere & ad id, ut quis in mala fide dici possit, requiritur, ut desinat ignorare rem alienam esse *L. CIX. de Verbor. Signific.* Quod certe simplex denunciatio, quæ & calumniosa esse potest, haud efficit. Et hinc ne litis contestationi quidem per se iste effectus tribui potest, ut quis in mala fide constituatur. Quare recte asserit LEYSER, quod & possessor hereditatis & bonæ fidei possessor, rei vindicatione vel hereditatis petitione conventus, non obstante litis contestatione a restitutione fructuum perceptorum & percipiendorum, ut & expensarum immunis esse possit *Spec. LXXII. med. V. Spec. XCIV. med. III. Spec. XCIX. med. VI.* Id vero, cum rationis sit, nec hodie interpellatio sola bonæ fidei possessori oberit, ne adhuc in bona fide esse possit. In qua opinione etiam Auctorem esse, ex aphor. seq. apparet, in quo, etiamsi Jure Canonico qualibet mala fides superveniens præscriptionem impediat, non tamen interpellationem per se tollere bonam fidem, expresse statuit.

*t*) INTERRUMPITUR etiam præscriptio in personalibus actionibus, agnitione debiti *L. XVIII. §. I. de pecun. constit. L. VII. §. V. C. de præscript. XXX. vel XL. annor.* Eamque non verbis solum, sed & factis fieri posse palam est.

fidem

fidem inducat, præscriptionem interrumpit, *c. f. X. de præscript. c. 2. de R. I. in 6.* MYNS. 4. *o.* 6. *n.* 4. SCHNEIDEW. *pr. I. de usuc. num.* 17.

ADD. *L.* 2. *T.* 6. *I. de usucapion & long. temp. præscript.*

# TITULUS X. DE DONATIONIBUS MORTIS CAUSA ET INTER VIVOS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Donatio qua ratione ad civiles modos acquirendi pertineat.* II. *Donationis in genere descriptio.* III. *Mortis causa donatio definitur.* L. 39. ff. t. 5. de mortis causa donat. & capion. IV. *Mortis causa donans.* V. *Cui donatur.* VI. *Differentia a legato, quoad donantem.* VI. *Res, quæ donantur.* VIII. *Forma hujus donationis.* IX. *Casus quibus irrita fit hæc donatio.* X. *Actio, qua revocatur donatio dominio jam translato, vel nondum translato.* XI. *Actio, qua morte eveniente petitur res donata.* XII. *A mortis causa donatione differt mortis causa capio.* XIII. *Donationis intervivos descriptio.* L. 39. ff. t. 5. de donationibus. XIV. *Donans, in quo requiritur* 1. *voluntas donandi. Aliquando donatio præsumitur.* 2 *facultas.* XV. *Fœminæ licet geradam donare vel judicialiter, vel extrajudicialiter.* XVI. *Non potest donare* 1. *pater filio,* 2. *filius patri.* 3. *conjux conjugi.* XVII. *Is, cui donatur.* XVIII. *Res, quæ donantur.* XIX. *Si excedat* 500. *solidos insinuatione opus est; exceptis certis casibus. Jure Saxonico in donatione rerum immobilium insinuatio semper necessaria.* XX. *Traditur res vel promittitur.* XXI. *Perfecta donatio non revocatur nisi* 1. *ob querelam donationis inofficiosæ,* 2. *ob ingratitudinem,* 3. *ob supervenientiam liberorum.* XXII. *Aliquando donatio fit sub modo, aut sub conditione.* XXIII. *Donatio remuneratoria.* XXIV. *Donatio propter nuptias. Alias donatio inter virum & uxorem est probibita;* L. 24. ff. t. 1. de donat. int. vir. & uxor. XXV. *exceptis tamen certis casibus.* XXVI. *Confirmantur donationes morte conjugis.* XXVII. *Quid moribus Saxonicis obtineat.* XXVIII. *Nec Gerada marito ab uxore potest donari; nisi certis casibus.*

I. DONATIONES quidem in genere consideratæ, referri possent ad modos acquirendi dominium juris gentium: quoniam vero jure civili varia donationum genera sunt constituta, & specialiter quædam ordinata: ideo donationes modis civilibus annumerantur *.

II. DONATIO in genere est actus, quo donum in alterum ex liberalitate

Eum enim effectum solutioni portionis debiti tribuit *L. IV. C. de non numer. pecun.* Idem sine dubio dicendum de solutione usurarum.

*u*) IMO donatio titulus magis est, quam modus acquirendi dominium. Ut enim dominium in donatarium transfeat, traditione opus est, donatio per se pactum dicitur, nec aliunde, quam ex nature pactorum dijudicanda est, quo usque traditio nondum accessit. Hoc autem Jure Romano singulare est, quod, licet pactum in se nec actionem quidem produceret ad implendum, leges tamen huic pacto eatenus assisterent, ut ex lege ipsa instar pacti legitimi validitatem acciperet, atque necessitatem traditionis secum haberet, ejusque rei intuitu eandem ac emtio venditio produceret efficaciam *§. II. J. de donation. L. XXXV. §. V. C. Eod.* Quo fit, ut ipsa actio ad implendam donationem, condictio ex lege vocetur. Sequitur vero ex hoc supposito: omnem donationem mutuum consensum prærequirere, & acceptationem ex parte donatarii necessariam esse. *L. XXVI. D. de donat.* Ita quidem, ut nec donatio mortis causa, quæ tamen proxime ad ultimas voluntates accedit, absque acceptatione subsistat *L. XXXVIII. D. de mort. caus. donat.* Quam veritatem operose quidem, sed minus felici successu destruere conatus est LUDWIGIUS *in Diss. de donation.* cum non leges allegatæ solum, sed præterea quoque *L. X. D. de donation. L. LV. de obligat. & action.* ejus intentioni graviter obstent, add. GUNDLINGIAN. *P. XXIX. Obs. II. seq.* JOH. FRID. WERNHERI *Diss. de acceptatione in donation. necessaria.*

T.

transfertur [x]. *l. 29. pr. ff. de donat. l. 35. §. 1. ff. de donat. mort. caus. l 6. §. 1. 2. L. 214. de V. S. l. 82. ff. de R. I.* Est vero donatio vel mortis causa, vel inter vivos, *pr. I. de donat.*

III. MORTIS causa donatio est [y], qua cogitatione, ac in eventum securæ suæ mortis, quis coram quinque testibus in alterum consentientem, & acceptantem quid confert. *l. 2. l. 29. l. 32. l. 35. §. 2. l. 40. ff. de mort. caus. don. l. f. C. eod.*

IV. MORTIS causa donare potest, qui testamentum facere, vel legare [z] *l. 15. de donat. mort. caus.* adeoque pupillus, ne quidem tutoris autoritate interveniente, *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rat. distr.* minor vero sine curatoris autoritate mortis causa recte donat.

x) NON tamen ideo donatione statim esse desinit, quæ ex necessitate quadam fit. Nec captanda sunt verba *L. XXIX. pr. de donat. L. X. C. Eod. L. LXXXII. de Regul. Jur.* in quibus nullo jure cogente donationem fieri, neminemque invitum donare asseritur. Solas enim illas donationum species subintelligunt leges, quæ a mera liberalitate originem habent. Dari vero liberalitatem, quæ necessitatem non excludit, aliunde satis constat, ejusque rei exempla occurrunt in *L. XXVI. §. XII. de condict. indeb. L. ult. C. de dotis promiss. L. L. Famil. ercisc.* Quamvis enim Leges aliquando jubeant, ut alter alteri quid præstet, non tamen omnem liberalitatem tollunt, sed modum, tempus, quantitatem libero præstantis arbitrio nihilosecius permittunt. Et sic etiam a donatione necessaria liberalitas non est excludenda, quod comprobat *d. L. ult. C. de dot. promiss.* in qua dos liberalitas dicitur, ad quam tamen quem cogi posse *L. XIX. de Rit. nuptiar.* clare loquitur. Integrum hoc argumentum LEYSERUS peculiari libello *de donationibus necessariis*, quem postea *Meditationibus suis ad Pandectas Spec. CCCCXXXV.* inseri curavit, prosecutus est.

y) CLARIUS dixeris, mortis causa donationem esse promissionem rei alicujus, intuitu mortis, verbis dispositivis acceptanti factam, vim legati habens, & prius non valitura, quam mors secuta sit. Mixtum itaque hic subesse negotium, per se patet. Pactis nempe annumeratur, quia non nisi præsenti & acceptanti fieri potest, ultimis vero etiam voluntatibus, quia ad essentiam sui, dum constituitur, ea requirit, quæ legatis propria sunt, & quia revocabilis est. Eoque nomine a donatione inter vivos, quæ revocationem regulariter non admittit, quæque merum pactum est, probe est discernenda. Requiritur vero in donatione mortis causa, 1) ut fiat cogitatione mortis. Ubi quidem nil interest, si negotii validitatem spectas, utrum intuitu mortis in genere, an intuitu instantis periculi donatio fiat *L. II. D. L. XXXV. §. IV. de mort. caus. donat.* Posteriori tamen in casu effectus cessat, cessante periculo, cum priori in casu donatio revocanda sit. 2) Ut cogitatio mortis non mere interna sit, sed verbis declaretur. Et hinc, si moriens donat, non vero mortis causa, donatio inter vivos est. *L. XLII. §. I. D. Eod.* 3) ut mentio mortis fiat in verbis dispositivis, ita quidem, ut ipsa donatio ejusque perfectio expresse in casum mortis conferatur. Nuda itaque mentio mortis, morsque imminens non sufficit, nec sufficiunt verba executiva, v. c. dono tibi, sed non habebis, nisi post mortem. WERNHER. *P. I. Obs. XXXV.* Idem judicium esto, si quis mortem tanquam causam impulsivam adjiciat, v. c. quia video, me moriturum, ergo tibi dono. Eadem ratione, qui mortis intuitu donet, & statim tradit, mortis causa non donat. Ubique potius donatio inter vivos facta censetur. Quare ita donans mentem explicet, ut dubium non sit, qua intentione donet, v. c. habebis, si hac morbo succumbam, si in hac acie peream, quando moriar. Interim verba non esse captanda, sed voluntatem magis donantis respiciendam, recte monet LEYSER. *Spec. CCCCXXXVIII. med. II.* Fieri enim potest, ut verba donationem inter vivos indigitent, ex conjecturis tamen alia donantis voluntas eliciatur, utque e contrario verba ad donationem mortis causa spectent, & intentio donantis tamen eo redeat, ut perpetuo valitura sit donatio. Quod ultimum ligillatum fit, quando promisit, se donationem nunquam revocare velle *L. XXVII. D. de mort. caus. donat.* add. STRYCKII *Interess. controvers. cap. V. §. XXVII.* & VINNII *select. quæst. L. II. cap. XXXIV.* qui ad textus obstantes respondet.

z) SUNT nempe donationes mortis causa, quatenus ultimam voluntatem continent, legatis per omnia exæquata *L. ult. C. de donation. mort. caus.* Indeque facile colligimus 1) quod

V. SIMILITER & ei donari poteſt, cui & legari. *l. 9. l. 36. ff. de m. c. donat.* ac mortuo donatario ante donantem intercidit donatio, perinde ut legatum. *l. 35. §. 4. l. 42. ff. de mort. cauſ. donat. §. 1. I. de donat.*

VI. IN eo tamen eſt quoad perſonas inter hanc donationem & legatum differentia, quod filiusfamilias etiam paganus de adventitio quidem, cujus plenam habet proprietatem, libere poſſit donare: nec non de peculio profectitio & adventitio, patre permittente. *l. 25. §. 1. ff. de don. mort. cauſ.*

VII. POSSUNT res mortis cauſa donari, quæ ſunt in bonis donatoris, etiam omnia bona, tam præſentia quam futura, *l. 17. de m. c. donat.* Non vero opus eſt inſinuatione judiciali ſecundum Leges Romanas *l. ſ. C. h. t.* & locus eſt Falcidiæ. *l. 5. C. ad L. Falcid.* ſcilicet propter ſimilitudinem cum legatis. Jure autem Saxonico Electorali inſinuatio exigitur, & Falcidiam non poteſt detrahere heres [a]. *p. 3. C. 1.* ubi add. CARPZOV. *def. 5. n. 22. & 23.*

VIII. FORMA hujus donationis conſiſtit in eo, ut 1.) præſens præſenti, vel alicui nomine abſentis acceptanti donet. *l. 38. de m. c. don.* alias erit fideicommiſſum. vid. *l. 75. pr. l. 77. §. 26. de Leg. 2.* CARPZOV. *Lib. 2. Reſp. 62.* 2.) ut quinque teſtes, licet non rogati, adhibeantur. *l. fin. C. de m. c. donat.* 3.) ut mortis cogitatione ſeu intuitu, ac in eventum noſtræ mortis expreſſe fiat. vid. text. *in l. 42. §. fin. & l. 1. de m. c. donat.* Unde fluit, quod de hac donatione, an ſubſiſtat, ante mortem ſecutam judicari nequeat. *l. 35. §. 2. d. t.* adeoque non tam mortis cauſa donatio ſit, ſi addatur, quod nullo caſu revocari debeat [b], quam inter vivos, vid. *l. 27. d. t.* alias in dubio donatio inter vivos reputabitur. *arg. dd. text.* CARPZ. *p. 2. conſt. 12. def. 24.* SAND. *lib. 8. tit. 1. def. 3.*

præſentiam quinque teſtium requirant *L. IV. C. Eod.* II.) quod quartæ Falcidiæ detractionem admittat, ſi heres quartem non habeat ſalvam *L. V. C. ad L. Falcidiam*, III) quod, quantæ quantæ ſint, inſinuatione judiciali non indigeant, *L. ult. C. de donat. mort. cauſ.* IV) quod iisdem modis revocentur, quibus legata revocari ſolent, V) quod donare mortis cauſa poſſit, qui ultimas voluntates condere poteſt, VI) quod iis donari poſſit, quibus legari. Ergo & conjugi, cui alias conjux donare nequit *L. IX. §. II. junct. L. X. D. de donat. inter vir. & uxor.* item filiofamilias ac patri, quod in ſimplici donatione ob fictionem unitatis fieri non poterat. Quod autem filiusfamilias peculium adventitium ordinarium conſentiente patre, extraordinarium pro lubitu mortis cauſa donare poſſit, quodque non conferatur donatio, niſi in præſentem & acceptantem, id inde derivandum, quia hæc donatio de natura pactorum ſimul participet. Non tamen plane inutilis eſt donatio mortis cauſa abſenti facta. Sed valet inſtar fideicommiſſi, *L. LXXV. pr. L. LXXVII. §. XXVI. D. de Legat. II.*

a) QUOD tamen intellige de donatione omnium bonorum, eaque judicialiter facta. Ad formam enim iſtiusmodi donationis judicialis auctoritas requiritur, ita, ut ea omiſſa ipſa donatio ſit nulla. Accedente vero publica auctoritate donatarius vices heredis univerſalis ſuſtinet, & vel ideo, quia heredem ab inteſtato excludit, hujus jus detrahendi quartam ceſſat. Neceſſariis tamen heredibus ubique ſalvam eſſe debere portionem legitimam per ſe conſtat.

b) SED quid ſi donans dixerit, ſe Titio ejusque heredibus donare, anne tum mortis cauſa donatio erit, vel magis donatio inter vivos? Et placet nihiloſecius opinio, donationem mortis cauſa manere, ſi de intentione donantis conſtat. Nam & tranſitio ad heredes intelligi poteſt, de eo caſu, ſi ipſa donatio ante mortem non ſit revocata HAHN. *ad Weſenb. tit. de donat. mort. cauſ. n. VI. verb. aut mentio heredum.* Multo magis itaque ceſſabit donationis effectus, ſi donatarius ante donatorem moritur. Heredes enim nil accipiunt, niſi quod defunctus habuit, cum nulla viventis ſit hereditas. Defunctus au-

IX. IRRITA igitur fit hæc donatio, aut revocatur 1.) si mortis eventus, quem quis respexit, non secutus fuerit [c] *l. 2. 3. & seqq. l. 35. §. 3. & 4. d. t.* 2.) si donatorem donationis pœnituerit. §. 1. *I. de don.* 3.) Si quid supervenerit, ut donatio non possit subsistere [d]. *vid. l. 7. d. t.* Ita cum jure Saxonico bona mobilia post mortem uxoris ad maritum pertineant, fœmina, quæ mortis causa donavit, matrimonium post contrahente, & moriente ante maritum, non subsistet quoad mobilia ista donatio. CARPZ. *Lib. 6. Resp. 26. n. 17.*

X. ACTIONEM quod attinet, qua revocari possit res donata vel tradita, distinguendum est, aut quis ita donavit, ut dominium, revocabile tamen transferret: aut vero ut dominii translationem adhuc differret. *l. 2. l. 28. ff. de m. c. donat.* Priori casu fit revocatio aut ex sola pœnitentia, & datur condictio. *l. 30. de m. c. donat.* aut vero ob conditionem non evenientem, & datur actio in rem, *l. 29. eod.* vel etiam condictio causa non secuta. *l. 35. §. 3. eod.* Posteriori casu repetitur res, si mors non secuta, per actionem in rem directam. *d. l. 29.* vel si donatorem pœniteat; per actionem in rem utilem. *d. l. 30.*

XI. QUOD si vero mortis eventus secutus fuerit, re nondum tradita, datur vel rei vindicatio donatario, ad exemplum legatorum §. 2. *I. de leg.* junct. *l. fin. C. de mort. c. donat.* vel condictio ex *l. 35. §. 5. C. de donat.* Quodsi bona omnia sint donata, reservata solum de quibusdam disponendi licentia, bona reservata, si de iis nihil disposuerit, non accrescunt legatario, sed remanent heredibus ab intestato, tum secundum jus civile [e], cum isto casu ratio juris accrescendi cesset, uti suo loco patebit, tum secundum jus Saxonicum per CONST. ELECT. *p. 3.*

XII. DENIQUE notandum, quod a mortis causa donatione, stricte dicta, differant aliæ mortis causa capiones [f]: cujusmodi vocantur 1.) si propter alterius mortem quis donet *l. 8. l. 11. l. 18. pr. ff. de m. c. donat.* 2) si ob omissionem hereditatis quis capiat. *l. 8. l. 31. §. 2. eod.* Si quis non ex bonis defuncti, sed ejus, qui conditionem implet, quid mortis causa capiat. *l. 8. l. 20. l. 31. §. 2. l. 36. l. 38. ff. eod.*

XIII. DONATIO inter vivos est gratuita rei licitæ in alterum acceptantem, animo nunquam revocandi facta, nullo jure cogente, *seu ex liberalitate*, collatio *l. 1. pr. l. 19. §. 2. l. 27. ff. de don. l. 18. ff. de adim. legat.*

tam donationem nondum habuit, sed solum speravit.

*c*) QUOD intellige de casu, si intuitu præsentis periculi vel morbi donatum. Tum enim, si convalescat donator, vel periculum effugiat, ipso jure cessat donatio. Quodsi vero intuitu mortis in genere facta est, tum instar legati legitime revocanda erit.

*d*) QUORSUM pertinet singillarim, si donatarius ante donatorem moriatur. Pertinet etiam huc casus, quando donatoris bona fisco addicuntur. *L. VII. de mort. caus. donat.*

*e*) CONFER. *L. unic. §. XIV. C. de cadue. tollend. L. XXV. C. de Jur. dot.* FABRI *T. I. oper. p. 819.* Quas leges meliori jure pro Auctoris opinione allegamus, quam quidem contra eam facere solent, qui heredes ab intestato a donatario excludi autumant. Nam deficit omnis ratio juris accrescendi, quod præsupponit conjunctionem plurium personarum, in una hereditate vel re legata, quæ hic vix occurrit. Deinde etiam ratione modi ineundi, & formæ contractui magis, quam ultimæ voluntati accedit donatio mortis causa. In contractibus autem jus accrescendi locum non habere, tralatitium est. add. CARPZOV. *P. III. Const. II. def. I.*

*f*) QUAE sunt species donationis inter vivos, quibus emolumentum occasione mortis tertii in aliquem transfertur. Eeque etiam spectat, si quis accepto pretio in favorem alterius

XIV. In donante requiritur [f] 1.) voluntas donandi, verbis vel facto declarata. *l. 7. l. 8. C. de donat.* In dubio autem animus donandi non præsumitur. *l. 25. pr ff. de probat.* Aliquando tamen donatio præsumitur. 1. Ex paterno affectu, si quis liberis quid subministraverit. *l. 34. ff. neg gest* 2. si is, qui dedit, & is, qui accepit, sanguine juncti sint, & conjecturæ quædam accedant pro donatione: *l. 26. ff. de probat.* KOEPPEN. 1. *Dec.* 14. 3. si quis alicui pecuniam daret, ut accipiens eam in suum commodum, e. g. ædificii structuram, verteret, quam alias non suscepisset donatarius. *l. 13. §. fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* 2.) facultas donandi, quam habet is, cui administratio rerum suarum concessa [h]. *l. 12. C de donat.* Hinc filiusfamilias potest quidem donare de peculio castrensi vel quasi vel etiam peculio adventitio, in quo plenam habet proprietatem *arg. Nov.* 117. *c.* 1. non vero de peculio adventitio, in quo pater habet usumfructum; multo minus de profectitio, nisi pater concesserit, quæ concessio quibusdam casibus præsumitur. vid. *l. 7. §. 1. & seq. ff. de donat.* Uxor jure Civili de rebus paraphernalibus donare potest *l. 6. C. de revoc. donat.* Jure vero Saxonico sine consensu mariti non potest donare [i].

XV. LICET etiam fœminæ geradam donatione inter vivos (non ultima voluntate, nisi proxima cognata consentiat) in alium quemlibet, extra maritum [k], trans-

hereditati renunciat. Sunt itaque mortis causa capiones irrevocabiles, dummodo donatarius eum supervivat, cujus mors ipsi emolumentum affert.

*g*) DONATIO itaque non præsumitur, etiamsi traditio rei simplex accesserit. Quod quidem ex legibus dilucide demonstrari nequit, rationis tamen est, cum nemo suum jactare, & patrimonium diminuere velle censeatur. Generatim tamen donationem præsumunt, quando in dante singularis occurrit affectio, & in accipiente magna necessitas & indigentia, cum sic ex utraque parte causa impulsiva adlit, pietatis officium eliciens. Exemplum est in matre, quæ alimenta præstat. Verum potest tamen hæc præsumtio contraria voluntate elidi. Imo res ipsa ad certam regulam vix potest referri. Quare merito prudentem judicem desiderabis, qui arbitretur, an circumstantiæ ita comparatæ sint, ut vel pro donatario vel contra eum pronunciari possit. MENOCH. *in arbitr. judic. quæstion. Lib. II. cas. LXXXVIII. n. VIII.*

*h*) DEBITOR tamen obæratus in fraudem creditorum non donat, cum leges ejusmodi alienationes generatim irritas declarent, earumque revocationem mediante actione Pauliana concedant, quatenus creditoribus damno sunt. *L. XXXVIII. §. IV. D de usur.* Estque donatarius absque ulla distinctione obligatus, ut rem dimittat, sive fraudis fuerit conscius, sive non. Lucrum enim ipsi magis extorquetur, quam damnum infligitur. *L. VI. §. XI. D. Quæ in fraud. creditor.* In dubio vero semper favorabiliores partes sunt ejus, qui damnum vitare intendit, quam, qui lucrum captare studet.

*i*) NEQUE de bonis paraphernalibus, neque de bonis receptitiis. Mariti enim eorum intuitu interest, ne ususfructus ipsi intervertatur. In his vero maritus ex speciali lege speret successionem vide JUS PROVINC SAXON. *L. I. art. XLV. Const Elect. P. III. Const. VII.* ibique CARPZOVIUM *Def. V.* Huic vero dispositioni derogatum esse Jure Saxonico Electorali novissimo, ita quidem, ut de bonis receptitiis immobilibus absque mariti, interveniente tamen curatoris consensu, de bonis receptitiis mobilibus vero pro lubitu disponere possint mulieres, collige ex iis, quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. I. Ex. III §. XIV.*

*k*) POTEST tamen transferre in maritum, quando donatio remuneratoria est, modo curatorem adhibeat, ipsaque donatio judicialiter insinuetur, vel coram Notario & testibus fiat. *Constit. Elect. XIII. P II* Geradam etiam uxor marito pro lubitu, tam judicialiter, quam extrajudicialiter vendere potest, nec opus est ut pretium proportionem cum re habeat, sed uno etiam nummo fieri potest. Quod inde forsan est, quia Gerada ob antiquitatem toleratur magis, quam nostris moribus, mutata semel antiqua succedendi ratione, convenit. Quodsi tamen uxor læsio-

ferre, etsi cognatæ nihil relinquat. Fit autem ista donatio geradæ vel judicialiter, & tunc requiritur 1.) autoritas judicis, ut scilicet fiat coram judice, vel coram personis, a judice missis, 2.) præsentia donatricis, 3.) consensus curatoris, nec non mariti, 4.) traditio clavium, 5.) designatio rerum donatarum, 6.) insinuatio apud acta: vel extrajudicialiter, & tunc requiritur 1.) ne species donatæ excedant valorem quingentorum solidorum, seu aureorum ungaricorum; alias insinuatione judiciali opus erit, 2.) ut fiat in præsentia duorum, vel trium testium[l], vel Notarii & testis, 3.) ut præsentes sint cistæ & capsæ, quibus res asservantur, 4.) ut claves ei, cui donetur, tradantur, 5.) curator mulieris consentiat. DECIS. ELECT. 22. Permissum vero est utroque casu donatrici, usum rerum ad vitam sibi reservare, quem in finem claves ipsi restituuntur a donatario.

XVI. OB speciales causas non procedunt donationes 1.) patris in filiumfamilias[m]. *l. 11. C. de donat.* nisi donatum sit ob bene merita filii GAIL. 2. *O.* 38. *n.* 5. & nisi donatio morte patris fuerit confirmata. vid. *l. 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* GAIL. *d. l. n.* 15. mater vero liberis valide donat, quia cessat jus prohibitionis: CARPZOV. *d. p.* 2. *Const.* 12. *def.* 23. imo & jure Saxonico pater res mobiles filio recte donat, COLER. 1. *dec.* 13 CARPZ. *d. l. def.* 22. 2.) filiifamilias in patremfamilias licet decretum Magistratus accedat. DECIS. ELECT. 23. 3.) conjugis in conjugem, qua de re inferius.

XVII. IN eo, cui donatur, requiritur, ut donationem ipse, vel alius ejus

nem sciverit, in donationem negotium degenerare, &, ob prohibitionem, ne inter conjuges donatio subsistat, invalidam esse, donec morte donantis confirmetur, judicat WERNHER. *P. IV. Obs. XXIII.* Cæterum Gerada semel vendita, & vel in maritum vel in extraneum translata, etiamsi fœmina sibi usumfructum servaverit, gerada esse desinit, & mortuo emtore ejus heredibus sine distinctione sexus cedit. IDEM *P. V. Obs. CLXXXIII.*

*l*) QUIA vero *Constit. Elect. XIV. P. II.* dum hanc donationi geradæ formam præscribit, casum præsupponit, universam geradam donari, inde non absque fundamento colligit WERNHER. *P. VI. Obs. CCCLXII.* præsentia testium opus haud esse, si non universa gerada, sed res quædam singulares geradicæ a fœmina extra judicium donentur. Quod autem ait BERGER. *Oec Jur. p. m.* 277. & tum testium præsentiam cessare, quando fœmina sibi usumfructum reservavit, cum hæc reservatio jam sit instar traditionis, id cum verbis allegatæ Constitutionis aperte pugnat. Conf. INTROD. AD JUS SAXON. *P. III. Sect. I. Exerc. VII. §. IX.*

*m*) UT autem ipsa ratio prohibitionis in fictione unitatis consistit, quæ antiquo jure Romano intercedebat inter patrem & filium: ita e contrario in omnibus illis casibus subsistit donatio, ubi fictio unitatis cessat. Cessat itaque in causa castrensi & quasi castrensi, cujus intuitu filius familias habetur pro patrefamilias *L. 1 C. de castrens. pec.* Cessat post mortem patris, indeque ejusmodi donatio morte confirmatur. Cessat per emancipationem. Et ideo subsistit, si pater rem donatam non ademit *L. XXXI. §. II. D. de donation.* Cumque & cesset fictio unitatis inter matrem & filium, cum istius fundamentum sit Patria potestas, indeque oriundum jus acquirendi per liberos, cumque porro filius de patre singulariter meritus pro extraneo habetur, facile patet, quare & in his casibus donatio valeat. Imo, cum hodie Patria potestas ex Jure Naturali magis æstimetur, illudque jus antiquum per liberos acquirendi cesset, ego certe non dubitarem, quin iis accederem, qui filiumfamilias valide cum patre contrahere, & sic etiam hunc illi donare cum effectu autumant, idemque juris esse in filiofamilias, qui patri donat, afferunt. adde JUS PROVINC. SAXON. *Lib. I. art. X.* SUEVICUM *art. CXVIII. & CCLXII.* CARPZOV. *Lib. VI. Resp. CXVIII. n.* 12. 14. & 18. item *P. II. Const. XII. Def. XXII. n.* 9. BEYER. *Jur. German. Lib. I. cap. XXVI. pos. XLI. seq.*

nomine, acceptet, *l.55. ff. de O. & A.* CARPZ. *p.2. c.12. def.20. & 21.* ante acceptationem vero licet revocare. add. CARPZ. 5. *Resp.62.* remissio tamen debiti etiam ante acceptationem subsistit [n]. *l.23. l.53. de solut.*

XVIII. RES donari queunt, quæ sunt in hominum commercio; non vero volunt subsistere donationem omnium bonorum, præsentium & futurorum [o]. vid. CARPZOV. *d. l.5. Resp.67. it. p.2. c.12. d.26. & 27.* Sciendum quoque est, quod jure Saxonico bona avita immobilia sine consensu heredum nequeant donari [p]. CARPZOV. *ad p.2. C.12. def.67.* LEHN-R. *l.1. art.52.*

XIX. QUOD si res donata, vel etiam remissio juris, debitive, excedat 500. solidos, seu 500. aureos ungaricos, requiritur donationis insinuatio, h.e. redactio coram judice [q] in tabulas publicas. *l.35. §.3. C. de donat.* Quod si insinuatio fuerit omis-

*n*) NON ideo solum, quia jura proniora sunt ad liberandum, quam ad obligandum, sed etiam, quia ignorantis & inviti conditionem meliorem reddere possumus vid. STRUVIUM *Exerc. XL. th. VIII.* Idem juris esse in donatione piæ causæ facta, testatur BERGER. *Oec. Jur. p.m.275.* In reliquis vero casibus acceptatio eatenus necessaria est, ut ne quidem sufficiat sola scientia, rem alterum velle donare, nullaque ante acceptationem oriatur actio. Quare nec quicquam operabitur, si post mortem donatoris donatarius, qui non acceptavit, rem donatam petit. Quod naturæ pactorum omnio convenit, quæ perfecta prius dici nequeunt, quam ex utraque parte mutuus adest consensus, isque sufficienter declaratus, adde WERNHER. *P. I. Obs. CLVII.*

*o*) VERUM, qui hanc donationem fieri posse negant, & contra leges, & contra experientiam pugnant. vid. *L. XXXIV. §. IV. & V. C. de donation. L. VIII. C. de revocand. donat. L. V. C. de inofficiof. donat.* Experientia vero abunde testatur, maxime inter rusticos invaluisse consuetudinem, ut in liberos vel extraneum etiam per donationem inter vivos bona sua transferant, sibique quandam competentiam reservent, quam vocant *den Grofs-Vater*, vid. STYCKII *Diss. de jure avor.* Præterea Germanis ab antiquissimis temporibus solenne fuit, ut omnem substantiam suam per pacta, dum adhuc viverent, in alium titulo etiam lucrativo transferrent. Conf. BEYERUM *Delineat. Jur. Civil. tit. de donat. pos. V. not. c.* WERNHER. *P. IV. Obs. VIII.* Quamautem differentienies ex Jure Romano afferunt rationem, quod ejusmodi donatio facultatem testandi auferret, ea primo haud concludens est, siquidem Jure Romano non omnia negotia, quæ testamenti factionem impediunt, prohibita sunt, ut videre est in arrogatione. Deinde Romani non praesife pacta, quæ testamenti factioni obsunt, invalida judicant, conf. WISSENBACH, ad *tit. D. de donat.* HARPRECHT. *ad §. XII. J. de donat.* STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. III. cap. IX. §. IV. & usu Modern. Pand. tit. de Donation.* Denique moribus nostris, ut supra monui, repugnat. Ne vero, qui omnia bona donat, postea ipse egeat, leges, quando sibi ipsi eo nomine pacto non prospexit, satis cavent, dum provideri jubent, ne donator liberalitate sua inops fieri periclitetur *Leg. L. de re judicat.*

*p*) DICUNTUR autem bona avita, non quæ præsens possessor, nec, quæ pater ipsius acquisivit, sed quæ minimum ab avo quæsita, jure hereditario, nullo interveniente contractu, ad alienantem devoluta sunt. *Erb-Stamm-Güther.* Et sic immobilia solum bona huc pertinent. Per heredes vero soli descendentes alienantis intelliguntur. Donatio ipsa simplex & inter vivos esse debet. Cæterum nil interest, utrum judicialiter, an extrajudicialiter donatio facta sit. Ita rem ex interpretatione usuali & authentica explicat, & textum JUR. PROVINC. SAXON. *Lib. I. art. LII.* & JUR. PROVINC. SUEVIC. *cap. CCCVIII* illustrat BEYER. *in Jur. German, Lib. II. cap. XI.* quem vel ideo conferre juvat, quo amica jurium Germanicorum hoc in argumento conspiratio & vetus Juris antiqui sensus, a Lubecensibus quoque, Hamborgensibus, & Luneburgensibus per peculiaria statuta approbatus, eo magis innotescat.

*q*) AN competenter? Hoc negant multi, quia donatio est actus voluntariæ jurisdictionis. Ut vero *L. XXVII. C. de donation.* ad quam provocare solent, opinioni parum præsidii affert, siquidem inde hoc solum elucet, donationem rite esse insinuandam, ita e contrario *L. XXXII. C. Eod.* perspicuum exhibet testimonium, compe-

ſa, ſubſiſtit usque ad 500. ſolidos, in eo autem, quod excedit, non valet. *l.34. pr. l. pen. § ult. C. d. t.* Sunt tamen quædam donationum genera, quæ citra inſinuationem valent [r], ut 1) donatio a Principe in aliquem collata. *l.34. pr. C. d. t.* item quæ fit Principi. *Nov. 52. c.2.* 2.) a Magiſtris militum in milites. *l.36. §.1. C. d. t.* 3.) facta ad redemptionem captivorum. *d. l.36. pr.* & ad refectionem domus, incendio vel ruina ſublatæ. *d. l.36. §.2.* quod ad alias pias cauſas non extendendum. *l. 29. C. de SS. Eccl. l. 35. §. ult. C. d. t.* CARPZOV. *p.2. C.12. d.13.* Denique notandum, quod jure Saxonico immobilium donatio ſemper debeat fieri coram judice loci, ubi bona ſita. LAND-RECHT *l.1. art 52. & art.21. pr.* CARPZOV. *d. c.12. def.19. & lib.8. R. 57.*

XX. TRADITUR in donatione res vel ſtatim, vel promittitur: & hoc poſteriori caſu datur condictio ex *l.35. § 5. C. de donat.* vel etiam actio ex ſtipulatu, qua donatarius donantem, ejusve heredes, convenit, ut rem donatam tradat.

XXI. PERFECTA donatio regulariter non poteſt revocari. *l. ult. pr. C. de revoc. donat.* niſi 1.) ſit inofficioſa [s], h. e. qua contra officium pietatis læduntur liberi,

tentem judicem eſſe eligendum. Nec obſtat, actum voluntariæ juriſdictionis donationem eſſe. Nam ejusmodi actus, ſi cauſæ cognitionem prærequirunt, competentiam judicis deſiderare, res expedita eſt. Cauſam vero in immodica donatione cognoſcendam, & ad perſonam donantis æque, ut neceſſaria vitæ ſubſidia ratineat, ac ad perſonam donatarii, an honeſtate morum præditus ſit, reſpiciendum eſſe, nemo inficias ire poteſt. De jure Germanico rem minus dubii habere exiſtimo, ſiquidem bona immobilia transferri nequeunt absque reſignatione judiciali, quæ certe coram competente judice fieri debet CARPZOV. *P. II. Conſt. XII. def XIX.* Mobilia vero ſua bona omnia, vel immodice tamen, qui donat, omnino in ea cauſa eſt, ut judici occaſionem ſuppeditet, cum cura inquirendi, ne profuſio & prodigalitas ſubſit, neve poſtea egeat. Quod iterum ab alio judice, niſi qui perſonas & facultates donantis & donatarii novit, cum effectu peragi nequit. add. WERNHER. *P. V. Obſ. CXXIX. P. IX. Obſ. I.* Ceterum inſinuationis neceſſitas omnino extendenda erit ad eum caſum, quando quis, ut fraudem legi inferat, donationem immodicam dividit, quamvis alias plures donationes diverſo tempore factæ non connumerentur, ſed ſingulæ valeant *L. XXXIV. §. III. C. de donation.* Cumque generatim inſinuatio a legis præceptione, quæ ſimul, ne alia ratione ſubſiſtat donatio, prohibet, derivanda ſit, in privatorum arbitrio haud poſitum eſt, ut iſti neceſſitati renunciare, vel juramento donationem validam reddere poſſint CARPZOV. *d. l. def. XIV.* Renunciatio enim in iis ſolum admittitur, quæ legis permiſſivæ ſunt. Contra prohibitivam legem nec renunciatio valet, nec juramentum *L. V. C. de Legib.*

r) UT vero inſinuationis neceſſitas ſolummodo reſtringenda eſt ad donationes inter vivos proprie ita dictas, nec ideo inſinuatione opus eſt in donatione mortis cauſa, quæ ad ultimas voluntates accedit, ut & in donatione remuneratoria, quæ inſtar tituli oneroſi eſt, ita in donationibus quoque inter vivos inſinuatio ceſſat, quando metus profuſionis vel læſionis non ſubeſt. Sic & impune omittitur in donatione annuæ quantitatis ad perſonam reſtricta, quia eventus incertus eſt, & uno alterove anno mors alterutrius ſequi poteſt. Quod ſecus, ſi ex utraque parte mentio heredum injicitur *L. XXXIV. §. IV. C. de donation.* In donatione vero a Principe facta vel ideo inſinuandi neceſſitas ceſſat, quia ipſe Princeps legibus eſt ſolutus.

s) AD ejus itaque revocationem conceſſa eſt querela inofficioſæ donationis, & quidem exemplo querelæ inofficioſi teſtamenti. Solebant enim parentes, poſtquam ipſis impoſita eſſet neceſſitas liberos vel heredes inſtituendi, vel exhæredandi, immodica donatione querelam inofficioſi teſtamenti eludere, & liberis, præter inane heredis nomen, nil amplius relinquere. Huic itaque fraudi, ut obviam irent leges, remedium illud revocandi donationes, quæ legitimæ gravamen inferrent, introduxerunt. Non tamen argumentatio a querela inofficioſi teſtamenti ad querelam inofficioſæ donationis ſimpliciter valet. Nam totam donationem non facit irritam, ſed ſolum usque ad legitimam. Imo ne quidem locum habet

paren-

parentes, aut fratres in legitima: & revocatur ob hanc caufam folum quoad legitimam. *tot. tit. C. de inoff. donat.* Finitur hæc querela lapfu quinquennii a morte donantis computandi. *l. ult. C. de inoff. donat.* 2.) Revocatur donatio ob ingratitudinem donatarii [t]. vid. *l. ult. & l.1. C. de revoc. donat.* Si tamen donator non fuerit conqueftus, ejus heredes non poffunt revocare donationem *d. l ult. C. de revoc. don.* Similiter nec in heredem donatarii datur hæc actio, nifi revocatio jam vivente donatario facta *l.7. C. de rev don.* 3.) ob fupervenientiam liberorum, fi nimirum quis omnia bona, vel magnam bonorum partem, vel etiam rem fingularem, CARPZOV. *p.2. c.12. d.32.* cum liberos nondum haberet, donaverit, & poftmodum ipfi nafcantur liberi [u]. *l. 8. C. de rev. don.* quam legem late explicat TIRAQUELLUS.

XXII. ALIQUANDO donatio fub modo, vel etiam fub conditione fit. Sub modo donatur eum in finem, ut rurfus aliquid fiat, v. g. ut donatarius donatori alimenta præbeat. *l.1. C. de don. quæ fub mod.* Hic modus fi non impleatur [x], vel revoca-

nifi integrum quis patrimonium donatione exhaufit, cum, læfione ex portione in alios translata intuitu legitimæ oriunda, actio magis fuppletoria locum habeat, adde late VINNIUM *Sel. quæftion. jur. Lib. II. cap. XXXIII.*

t) QUAE tamen prægnans legibusque approbata effe debet. Ob fimplicem ingratitudinem, quando beneficia beneficiis non penfamus, nulla datur actio, fed ut in benefactorem injurii fimus, requiritur, vid. BÖCLERI *Diff. de actione ingrati*, SCHLITTIUM *Diff. de eo, quod juftum eft circa ingratitudinem §. VIII. feq.* Nave quævis injuria, fed ea folum, quæ famæ, bonis vel vitæ donatoris præjudicium infert, donatarium emolumento privet, leges ipfæ jam profpexerunt, vid. *l. fin. C. de revocand. donat.* eoque ipfo privatorum arbitrium hoc in argumento reftrinxerunt. Ceterum ipfa actio hæc revocatoria perfonam donatoris & donatarii non excedit. Ex parte ejus enim fapit vindictam ob injuriam illatam, quam morte interveniente, fi animum vindicandi nondum declaravit, remififfe videtur. Ex parte hujus vero delictum præfupponit, ob quod heres puniri nequeunt *L. XXII. C. de pœn.* Præterea etiam ingratus dici nequit, nifi qui ab eo, contra quem peccat, beneficium accepit. Cumque heredi nihil tributum fit, ne tum quidem ille ifta actione tenebitur, quando ipfe donatorem injuria affecit add. *L. X C. de revocand. donat.*

u) PRAESUPPONIT tamen allegata lex, quam pro opinione fua citant interpretes, fpecialem iftum cafum, donatorem tempore donationis animum procreandi liberos depofuiffe, ejusque rei intuitu liberos fuftuliffe, Sed per ufualem interpretationem indiftincta juris effe, autumant, ut fupervenientia liberorum irritam faciat donationem, cum nemo præfumatur, fucceffiones alienas propriis præferre voloiffe. At enim vero, fi dicendum, quod res eft, videtur hæc extenfio analogiæ juris adverfa effe. Non ideo folum, quod lex de certis perfonis & certo cafu difponens extenfionem regulariter non admittat, fed & præterea fupervenientia liberorum in eo, qui animum liberos procreandi adhuc retinet, ad non cogitata referri nequeat. add. VINNII *Quæft. Jur. Lib II. cap. XXXII.* Quod vero liberis fupernatis integrum fit, donationem usque ad legitimam revocare, & rationi & juri conveniens eft.

x) ET quidem in totum. Nam fi maxima ex parte modum adjectum implevit donatarius, actio revocatoria ceffat. Quamvis enim lex commifforia ejusmodi donationi tacite infit, illique in emtione venditione adhuc locus fit, utut emtor partem pretii folverit *L. IV. §. I. de Lege Commiff.* jus tamen canonicum hunc rigorem temperat, & his, qui promiffionem fuam faltim ex maxima parte impleverunt, pœnam remittit, *cap. IX. X. de pœn.* LEYSER. *Spec. CCCCXXXV. med. IV.* Ut vero, fi res donatario jam tradita fit, actio revocatoria datur, ita & donatori ejusque heredibus, fi donatio adhuc promiffa, recte quoque conceditur exceptio nondum impleti modi *L. CLVI. §. I. de Regul. Jur.* quando donatarius modum adjectum implere neque paratus eft, neque cautionem eo nomine offert. *L. XL. §. fin. L. LXXX. D. de condition, & demonftr,*

tur donatum per condictionem. *l. 3. C. de condict. ob caus. dat.* vel agitur præscriptis verbis, ut impleatur modus *l.9. C. de donat.* Sub conditione fit ita donatio, ut res sit tradenda, cum ista conditio extiterit. *l.4. & ult. C. de donat. sub mod.*

XXIII. Est etiam quædam donatio remuneratoria, quæ fit ob insignia bene merita [y], ab eo, cui donamus, in nos profecta: atque hæc insinuatione non indiget, nec potest ob aliquam causam revocari [z]. *l.34. §.1. ff. de don.* add. CARPZOV. *p. 1. C. 12. d 15. 34. & 35.*

XXIV. Est & aliud genus donationis inter vivos, nempe donatio propter nuptias, de qua diximus *lib. 1. tit. 8. aph. 5.* Alias vero donationes inter virum & uxorem sunt prohibitæ [a], adeo, ut licet conjux conjugi rem tradiderit, tamen dominium non transferatur, sed res extans vindicetur, & consumpta condicеatur. *l.5. §. fin. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Non tamen id restituendum est, ex quo conjux non fuit factus locu-

y) Hanc necessariam esse, & ad eam faciendam donatorem ipso jure obligari, ita quidem, ut & actione peti possit, existimant BRUNNEMANN ad *L. I. de donation.* STRUVIUS *Exerc ad Pandect XL. §. XVII.* Nec leges desunt, ad quas provocant, nimirum *L. XXVII. D. de donation. L. XXXIV. §. I. Eod. L. XXV. §. XI. de petit. hered. L. I. de extraordinar. cognit.* Sed confundunt remunerationem meriti, quæ ex grato animo proficiscitur, cum mercede præstanda illi, qui operas nobis præstitit. Hæc necessitatis est, illa semper voluntatis. Ad hanc jure civili obligamur, ad illam jure naturali. Hanc exigere possumus, illam expectare debemus. Et certe tantum abest, ut actio civilis ad remunerandum bene merita comparata sit, quin potius diserte denegetur in *L. XXV. §. XI. de heredit. petit.* & remuneratio pudori saltem ejus, qui bene merita accepit, relinquatur. Præterea lis ipsa de remuneratione excitata exitum non habebit, cum non possit non judex hæsitare, quid quantumve determinandum sit. add. LEYSER. *Spec. CCCCXXXIV. med. X.* Cæterum, ut per bene merita hic singularia intelligamus beneficia, ad quæ quis jure non est obligatus, res ipsa docet. Quicquid enim jure ab aliquo exigere possum, id, ut remuneratione compensem, ne naturaliter quidem sum obligatus. Quare consultum non solum erit, ut in instrumento donationis sigillatim exprimatur, quibus meritis donator ad liberalitatem sit commotus STRYCK. *Caut. Contr. Sect. III. cap. IX. §. III.* Sed etiam præterea nulli dubio obnoxium, quod vera & simplex donatio subsit, si quis officia, quæ jure exigere poterat, compensat.

z) Varia sunt privilegia, quæ in favorem donationum remuneratoriarum sunt introducta. Præterea enim, quod insinuatione non indigeant, quodque revocari non possint, id quoque statutum, ut præsumantur, BRUNNEMANN. *ad L. XII. §. VIII. Mand.* ut valeant inter conjuges *L. VII. §. II. de donation. inter vir. & uxor.* ut & inter patrem & filium subsistant, ut querelæ inofficiosæ donationis non subjaceant.

a) In cujus prohibitionis ratione genuina detegenda multi sunt, qui frustra desudant. Vera & unica ratio enim alia non fuit, quam quod moribus Romanorum antiquis uxor in potestatem mariti veniret, atque sic fictio unitatis inter conjuges intercederet, ea vero ratione eodem modo, ac donatio inter patrem & filium, inter conjuges donatio esset prohibita, vid. HEINECCIUM *Antiq. Roman. Lib. I cap. X.* Sed ut ipsa prohibitio solummodo ad veras & simplices donationes pertinebat, eamque ob causam. & donatio remuneratoria *L. VII. §. II L. XXXII. §. IX. & XIV. de donat inter vir. & uxor.* ut & donatio mortis causa *L. IX. in fin. L. X. Eod.* omnino valebat, ita certe fictione unitatis cessante ipsa donatio simplex subsistebat. Indeque procul dubio est, quod ejusmodi donatio ante mortem non revocata valeret *L. XIII. §. I. L. XXXII § II. L. XXV. C. de donation.* Præterea, ut invalida esset donatio, hæc duo conjunctim requirebantur, ut donans pauperior, donatarius vero locupletior esset factus. Imo hoc adhuc requirebant, ut donatio esset alicujus momenti. Quæ omnia, si probe expendamus, nos fere movent, ut ipsam regulam per tot limitationes destrui, nec casum quendam facile existere posse existimemus, quo conjux emolumento

pletior [b]. *L.7. pr. d. t.* Inde etiam fructus, qui conjugis industria & cultura, ex agro donato sunt percepti, non veniunt restituendi *l.45. ff. de usur.*

XXV. Non prohibetur vero inter conjuges 1.) donatio mutua & reciproca, seu remuneratoria, quatenus est æqualis *l.32. §.14. l.7. §.2. ff. d. t. & Gail. 2. O 40. n.7.* vid. Berlich. *P.2. concl.15. num.11.* Carpzov. *p.2. c.13. def.18.* 2.) ad dignitatem consequendam. *l.40. l.41.42. ff. d. t.* 3.) strenæ vel alia xenia modica. Carpzov. *p.2. C.13. d.20. & 21.* 4.) permissa etiam est donatio mortis causa [c]. *l.9. §.f. l.10. l.11. d. t.* 5.) secundum jus canonicum valet juramento confirmata donatio inter conjuges.

XXVI. Confirmantur etiam donationes inter virum & uxorem, si ante mortem non fuerint revocatæ [d], adeo, ut si res nondum tradita, contra heredes conjugis detur actio. *Nov.162. cap.1.* Requiritur autem etiam in hoc casu, si excedant 500. aureos ungaricos, insinuatio, Carpzov. *p.2. c.13. d.15.* Si vero donatarius ante moriatur, nulla est donatio, etiamsi in heredes donatarii collata fuerit. *c.8. X. de donat. inter vir. & uxor. l.18. C. eod.* Carpz. *d. l. def. 14.*

XXVII. Caeterum moribus Saxonicis observari tradunt, quod donatio inter conjuges, judicialiter facta, & actis publicis insinuata, accedente mulieris recte instructæ, si ea donet, curatoris autoritate, valeat. Carpzov. *d. l. def.16. & 17.*

XXVIII. Denique singulariter de Gerada notandum, quod hæc marito ab uxore donari nequeat, adeo, ut nec morte uxoris confirmetur donatio; nec heredes teneantur donationem Geradæ, juramento firmatam, servare, Constit. Elect.

ex donatione a conjuge facta privetur, nisi quatenus directo in præjudicium tertii tendit, v. c. si in fraudem creditorum fiat.

*b*) Ut itaque donatio non subsistat, duo requirunt, donantem factum esse pauperiorem, & donatarium locupletiorem. Altero deficiente donatio valida est. *Sic cum illi, qui rem alienam donat, ex suo nihil decedat, hæc donatio minimum conditionem usucapiendi confert in donatarium L. V. § VIII. L. XXV. de donat. inter vir. & uxor.* Deinde ex eodem fundamento conjugem legatum vel hereditatem repudiare posse, ut conjugi accrescat, ex *L. V. § XIII. L. XXXI. § VII. Eod.* colligunt. Et certum fit omnino & evidens, Pomponium JCtum in ista lege opinionem illam suam facere. Sed aperte contradicit Ulpianus in *L. III. § XIII. Eod.* & Julianus in *L. IV. D. Eod.* & donationem invalidam pronunciant, si donaturum mihi jussissem uxori meæ dare. Quam decisionem crederem illi præferendam esse, cum in effectu idem sit, utrum, quod acquirere possum, remittam, an tantumdem donem. Utut vero alteri ex suo aliquid decedat, alter tamen fieri debet locupletior. Quare subsistit donatio miserationis causa facta *L. IV. L. V. §. I. Eod.* dignitatis consequendæ causa, item ad oblationem Dei *L. V. §. XI. & penult. L XL. seq. Eod.*

*c*) Quorsum etiam in Saxonia Electorali referunt, quando alter conjugum domum vel aliam rem immobilem sua pecunia acquirit, alteram vero de eadem re secum simul investiri curat, *wenn sie einander in die halbe Lehn nehmen, und das Grund-Stück zur Helfte in Lehn reichen lassen.* Hoc enim peculiare negotium naturam mortis causa donationis sapere, indeque unice conficiendum esse, singulari Differtat. docuit Romanus sub tit. *de dimidia investitura rei immobilis allodialis inter conjuges.*

*d*) Revocatio tamen non præsumitur, sed, ut in *L. XXXII. §. IV. de donation. inter vir. & uxor.* statutum est, evidenter apparere debet, defunctum revocasse donationem. In dubio enim jura procliviora sunt ad comprobandam donationem. Interim voluntatem revocandi non verbis solum, sed & factis declarari posse, inde apparet, quando *L. XII. C. Eod.* eam ex alienatione rei donatæ colligit. Aliud exemplum vide in Leyseri *Spec. CCCXII. med. VIII.*

*p.2. C.12.* ibique CARPZOV. *d. i. seq.* Valet tamen donatio Geradæ remunerationis causa, sive reciproce facta. Nimirum si maritus vicissim in continenti certam pecuniæ summam vel rem aliquam immobilem æquivalentem Geradæ, CARPZ. *ib. d.* 8. uxori judicialiter donet, reservato sibi usufructu ad dies vitæ, CARPZOV. *P.* 2. *C.* 13. *d.* 8. Vendere quoque uxor Geradam marito potest, accedente consensu curatoris, & traditur Gerada ita vendita per traditionem clavium, & nihilominus uxor sibi reservare potest usumfructum ad dies vitæ: Nec rescinditur hujusmodi venditio, licet vilius sit pretium: Et potest quoque venditrix uxor pretium marito legare, vel mortis causa donare. vid. CARPZOV. *d. l. def. 9. & seq.* ADD. *L.2. T.7. I. de donation.*

## TITULUS XI. DE PERSONIS, QUAE POSSUNT TRANSFERRE DOMINIUM, SIVE DE IIS, QUI ALIENARE POSSUNT VEL NON: ET PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

### S U M M A R I A.

APHOR. I. *Ad dominium transferendum quidam natura non sunt idonei, quibus etiam jure Saxonico accensentur fœminæ.* II. *Quidam lege prohibentur. Huc referri possunt in fraudem creditorum alienantes.* III. *Acquiritur nobis per liberos nostros, habita tamen ratione peculii.* L.15. ff. t.1. de peculio. IV. *Peculium est vel profectitium.* V. *Vel adventitium, cujus ususfructus ad patrem pertinet: excipiuntur tamen quidam casus.* VI. *Vel castrense.* L. 49. ff. t. 17. de castrensi peculio. VII. *Servi dominis acquirunt. Hodierni famuli non nisi quod ex conductis operis provenit.* VIII. *Etiam per procuratorem nobis acquiritur.*

I. POSSUNT dominium in alium transferre, seu res alienare, qui natura idonei sunt, nec lege prohibentur. Non vero sunt natura idonei 1.) propter ætatem, pupilli & minores, quorum bona, non nisi peculiaribus requisitis intervenientibus, alienari & oppignorari possunt, de quibus diximus *l.* 1. *tit.* 21. §. 11. *seqq.* His etiam quodammodo accenseri possunt 1.) fœminæ, quæ certis casibus in foro Saxonico curatore opus habent, uti dictum *tit. ult. lib.* 1. add. GROT. *introd. in jus Belgic.* 1. *c.5.* JOHAN. A SANDE *decis. Fris. L.2. tit.4. d.4.* GUDELIN. *de jur. noviss. l.* 1. *c.7.* CHRISTIN. *ad LL. Mechlin. tit.9. art.*10. 2.) furiosi & mente capti, in quorum bonorum alienatione itidem certa requisita observanda [e], de quibus dictum *d. l.* 1. *tit.* 23. *§. 4. seqq.*

e) NON alia tamen, quam, quæ in alienatione bonorum pupillorum & minorum leges pro forma præscribunt. Habent enim furiosi & mente capti ubique jura minorum, nec dubium ideo esse potest, quin iisdem solennitatibus bona eorum alienanda sint, quas minorum bonis alienandis adhiberi fas est. WERNHER. *P. III. Obs. XCIII.* Putant tamen nonnulli, subsistere contractus qualescunque furiosi & mente capti absque solennitatibus, si modo negotium judicialiter vel in præsentia consanguineorum aliorumque honestorum virorum expediatur, cum priori in casu præsumtio dilucidi intervalli oriatur, nec temere existimandum sit, judicem rite omnia non ponderasse, causamque debito modo non cognovisse, atque ideo fides judicialis sustineri debeat; in casu autem posteriori præsentia honestorum virorum omnem præsumtionem, tum temporis furiosum rationis usu caruisse, excludat. At enim vero præsupponendum est sine dubio, constare jam aliunde, quod furor non sit perpetuus, quodque amentia aliquando cessave-

II. Lege prohibetur 1.) maritus alienare res dotales, ut itidem *l. 1. t. 8. §. 4.* jam expositum. 2.) prodigus, de quo etiam jam dictum *l. 1. tit. 23. § 4.* Addi possunt 3.) qui in fraudem creditorum alienarunt: hæc enim alienatio revocatur [f]. vid. *tot. tit. ff. quæ in fraud. cred. facta sunt, ut restit.* add. CARPZOV. *p. 2. c. 3. d. 20. & p. 3. C. 23. d. 21.* SANDE *l. 3. tit. 13. d. ult.* Item 4.) illi, quibus de fuga suspectis, desiderante creditore alienatio bonorum interdicta est. *l. 8. inf. ff. de pollicit.* aut hi, qui nimis obærati bonis suis cedunt [g], aut fuga sibi consulunt, quos Bancoruptores vulgo vocant, qui bona sua alienando, aut in alium transferendo, nihil agunt, eorumque bonis administrandis curator datur. *l. 1. §. 1. l. 2. pr. l. f. ff. de curat. bon. dand.*

III. Acquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed & per eos, quos in potestate nostra habemus. *pr. I. per quas person. cuique acquirit.* Nimirum per liberos nostros [h]: circa quos tamen differentia est notanda inter peculium, quod scilicet filiusfamilias patris permissu, separatim a rationibus paternis habet. *l. 5. §. fin. ff. de pecul.*

rit. Quodsi enim contrarium notum est, ista præsumtio pro intervallo vix fundamentum sufficiens habebit. Et sic, nisi alia concurrant adminicula, sola judicialis auctoritas, solaque præsentia honestorum virorum haud operabitur, ut furorem & amentiam, quæ ante & post negotium adest, absuisse eo solo momento existimemus, quo contractum judicialiter, vel adhibitis aliis honestis viris, celebrabat furiosus & mente captus. Ita respondimus Mans. Novembr. 1736.

*f*) PER actionem Paulianam, quam Prætor creditoribus maxime chirographariis concessit, qui per alienationem læsi sunt. Ut tamen cum effectu instituere possint hanc actionem, requiritur I) alienationem positivam adesse & aliquid ex patrimonio debitoris in alium translatum esse. Quicquid debitor non acquisivit, utut in fraudem creditorum, huc non pertinet. Quod enim nondum acquisitum est, in eo etiam dominium non competit. Præsupponit tamen alienatio dominium vel jus in re. Soli igitur fisco ob repudiationem in ejus præjudicium factam actio revocatoria conceditur *L. XL. de jure fisci* II) alienationem factam esse animo defraudandi creditores, & debitorem postea solvendo non existere *L. I. §. II. L. X. §. I. L. XV. D. quæ in fraud. credit.*, III) Alienationem factam esse ante morum concursum. vid *LL. alleg.* Postea facta ipso jure nulla est *L. I. L. fin. C. de prætor. pign.*

*g*) FIT enim cessio bonorum eum in finem, ut debitor omne jus suum, quod in rebus suis hucusque habuit, in creditores, qui solutionem urgent, transferat. Indeque juris est, ut non jurato solum omnia bona sua designet, sed & creditoribus, quo suum consequi possint, tradat. Cum vero debitor dominio suo hac ratione sese abdicet, nulla amplius ipsi de re, quæ non amplius sua est, competere potest disponendi vel alienandi facultas. Idem judicium esto, si vel ab ipso debitore fugam arripiendo, vel a creditoribus concursus creditorum excitetur. Moto enim concursu rerum suarum dominus statim esse desinit, resque omnibus creditoribus fiunt communes. Ut inde per se appareat, citra nullitatis vitium debitorem disponere amplius non posse, ne ita quidem, ut alteri creditorum ex gratificatione solvat *L. XXIV. D. quæ in fraud. creditor.* Nam & hoc in casu pecunia soluta a reliquis creditoribus recte condicitur MEVIUS *P. IV. Decis. CXLII. & CCLV.*

*h*) RATIO hujus juris ex natura Patriæ Potestatis Romanæ dependet, quam dominium verum in liberos fuisse demonstravimus. Fieri itaque non poterat non, quin liberi rerum instar patri omnia acquirerent absque ulla distinctione. Nec enim ullum inter peculium profectitium & adventitiom erat discrimen, sed utrumque patri acquirebatur ea ratione, ut nequidem emancipato filio quicquam esset restituendum. Quam ob rem DIONYSIUS HALICARN. *Lib. VIII. Antiquit.* testatur, liberis Romanorum nihil proprii fuisse vivo patre. Ast successu temporis filiis concessa est sub nomine peculii separatam a patris rationibus pecuniam habendi facultas. Quicquid enim ex militia vel occasione militiæ acquirebant, sibi plene acquirebant. Idem privilegium tributum acquæstui ex militia togata. Prioris peculii jam meminit JUVENALIS *Satyr. ultim.* Posterius memorat Papinianus in *L. LII. §. VIII pro socio.* Adventitium vero pecu-

IV. Est enim peculium vel profectitium, quod scilicet ex re patris [i] ad filiumfamilias pervenit. *§.1. per quas person. cuique acquir.* Et hoc tam quoad proprietatem, quam quoad usumfructum patris est [k], & quicquid inde provenit, patri acquiritur. *d. §.1. I. l.39. de R. I.*

V. Vel adventitium, quod non ex re patris, sed aliunde, v. g. ex bonis maternis, vel ex opera & industria filiifamilias obvenit *d. §.1. I. l.6. pr. C. de bon. quæ lib.* Et hujus usumfructum regulariter patri acquirit [l] filiusfamilias, apud ipsum autem dominium habendi jus jam ex speciali lege filio ab Hadriano & Antonino Pio concessum esse videtur. Conf. *Leg. L. ad SCtum Trebellian. L. LII. de acquir. vel omittend. hered.* Postea Constantinus M. bona materna a patris dispositione excepit, vid. *L. I. C. de bon. matern.* Idem ad nuptialia & sponsalitia lucra extensum in *L. I. L. IV. & V. C. de bon. quæ liber.* Demum Justinianus in *L. VI. C. Eod.* omnem doctrinam de peculio ordine digessit, ut sic res eo rediret; quod filius peculium castrense & quasi castrense pleno jure acquireret, ejusque intuitu pro patrefamilias haberetur, acquæstus ex re patris vel occasione patris ad hunc pleno jure spectaret, adventitii peculii proprietas filii esset, patri autem ususfructus acquireretur. Tandem & filiis jus datum est, aliunde, quam ex re patris acquisita sibi solis sub nomine peculii adventitii irregularis vindicandi.

i) Vel intuitu patris, si v.c. quis patri donaturus filio donat. Idque in dubio semper factum videtur, si filius ejus ætatis nondum sit, ut ejus merita præcedere potuerint. Quod tamen eo extendi posse non credo, tanquam patri etiam pecunia lustrica acquiratur. Quod facit Lauterbach. *Compend. Dig. tit. de pecul.* Hic enim satis perspicua est donantis intentio, quod infanti memoriam sui commendare velit. Generatim vero, quando verosimilia adsunt argumenta, infanti magis, quam patri donationem fieri, hic acquæstus ad peculium adventitium erit referendus. Idque, quod ad pecuniam lustricam attinet, usus fori satis confirmat, qui liberis non solum ejus intuitu hypothecam tacitam in bonis patris & quidem a tempore baptismi concedit Wernher. *P. I. obs. XIX.* Carpzov. *P. II. Const. XXIV. def. ult.* Mevius *P. IX. Decis. LXIII.* Sed & concursu creditorum moto extantem vindicare, consumtam condicere permittit, quod fieri non posset, si pars esset peculii profectitii, add. Titium *in der Probe des geistlichen Rechts Lib. III. cap. II. §. XXV.*

k) Et sic filio nihil plane juris in peculio profectitio competit, nisi quod administrando industriam exercere, & ex justa causa donare possit *L. VII. pr. D. de donationib.* Eoque nomine inventa est contra patrem actio de peculio, ut pro quantitate peculii eos, qui cum filio intuitu peculii profectitii contraxerunt, indemnes præstet. Quæ tamen hodie paulo rarior, quia liberi nostri vix negotiari solent, nisi se simul a patris familia separent. Hoc vero facto, filius ipse, non vero pater de negotiatione sua respondere debet. Ut igitur peculium profectitium pleno jure ad patrem pertinet, ita nec filius unquam hoc peculium suum facit, sed mortuo patre conferre, vivo autem patre emancipatus patri restituere debet. Hoc tamen in posteriori casu est singulare, quod pater, qui non expresse ademit peculium, illud donasse censeatur *L. XXXI. § II. D. de donation.* Eaque omnia hodie apud nos usu etiam servantur. Illud autem, quod ex *L. III. §. IV. D. de minor.* jus singulare deducunt, filium nempe, publicatis bonis patris, præcipuum habere peculium profectitium, hodie vix usum habebit, siquidem pœna confiscationis hodie non nisi in crimine perduellionis frequentetur, hoc vero casu pœna etiam liberos perduellium teneat, Wissenbach. *ad Digest. P. I. Diss. XXIX. § XVII.*

l) Isque, cum legalis sit *L. VI. pr. C. de bon. quæ liber.* hoc efficit, ut pater non a cautionis solum præstatione immunis sit, sed ejus jus quoque ita radicatum, ut ipsi nulla interverti possit ratione, quod ad bona attinet, quæ liberis a matre necessario relinquenda sunt. Nov. *CXVII. cap. I.* Authent. *Excipitur. C. de bon. quæ liber.* Ut sic ne gravamen quidem legitimæ bona mente illatum eum effectum habere possit, ut patri ususfructus intuitu legitimæ adimatur, quem alias ratione bonorum extra legitimam restringere fas est. Berger. *Resol. Lauterbach. p. m. 241.* Brunnemann. *ad L. XXV. C. de inoffic. testam.* Competit autem hic ususfructus patri vi Patriæ Potestatis. Indeque est, quod Jure Romano duret ad dies vitæ *L. IV. C. de bon. quæ liber.* quodque e contrario emancipatione

minium remanet. *dd. tex.* Excipiuntur tamen quidam casus, quibus plena proprietas ad filiumfamilias pertinet [m], nimirum 1.) quod sub expressa hac conditione liberis donatum est, ut ad patrem ususfructus non pertineat. *Nov.* 116. *c.* 1. *auth. excipitur.* juncta *auth. item. C. de bon. qua lib.* Carpzov. *p.* 2. C. 10. *d.* 10. *&* 11. 2.) si cum patre simul succedat filius in hereditatem fratris vel sororis, tunc filio etiam ususfructus competit in portione hereditaria. *Nov.* 118. *c.* 2 quod tamen jure Saxonico non obtinet, uti in materia successionis monebimus. 3.) Si filius sibi relictum, renuente patre, accipiat. *l. f.* §. 6. *C. de bon. qua lib.* 4.) si liberis quid donatum sit a Principe, ejusve uxore [n]. *l.* 7. *C. de bon. qua lib.* 5.) si pater in vita sua fructus non percipiat, sed eos liberis suis relinquat: tunc etiam post mortem patris eorum manent.

VI. Vel denique castrense, quod filiusfamilias occasione armatæ militiæ [o], vel a patre, vel ab alio, acquisivit, *l.* 1. *C. de castr. pec.* aut etiam quasi castrense, quod filiusfamilias acquisivit ex militia togata, seu officiis publicis *l. ult. C. de inoff. testam. l.* 6. *in f. C. de bon. qua lib.* utrumque hoc peculium pleno jure ad filios pertinet [p]. *dd. text.*

amittatur *L. fin. C. ad SCtum Tertull.* nisi quod pater in præmium emancipationis dimidium ususfructus retinere possit §. *II. J. per quas person. cuique acquiritur.* Quod hodie tamen vel ideo applicari nequit, quia Patria potestas onere educandi absolvitur, & sic ususfructus etiam ad hoc onus sese refert, eamque ob rem, simulac liberi ex patria potestate exeunt, omnia bona ipsis restituenda sunt *Land-Recht Lib. I art. XI.* Ut mirum omnino sit, quando Doctores, quo Juris Romani vigorem in hoc argumento conservent, inter emancipationem expressam & tacitam distinguunt, & illius intuitu Juris Romani dispositionem admittunt. vid Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II* § *XXXIII n.* 9. cum tamen Germani nunquam patri eam tribuerint potestatem, quæ Romanis propria erat, emancipatio præterea moribus nostris plane non conveniat, & demum clara lex de restituendis bonis adsit, hæc vero ipsa optima illa ratione innitatur, quod ususfructus patri in compensationem alimentorum cedat, add. Thomasii *Diss. de quasi emancipatione Germ.* Quo vero argumento de peculio adventitio faciamus satis, id addamus necesse est, patri præter usumfructum quoque competere legitimam administrationem *L. fin.* §. *III. C. de bon. quæ liber.* Sed cum hujus administrationis indolem supra jam ad *tit. XVIII. aphor. I.* investigaverimus, hoc loco solum monemus, facultatem disponendi de bonis adventitiis, eaque ob necessitatem vel utilitatem alienandi, ultra casus in lege expressos, non esse extendendam. Diserte enim *L. VIII* §. *IV. & V. C. Eod.* extra causas enumeratas alienationem tam stricte prohibent, ut dubium superesse nequeat, quin nullitate laborent, quæ pater peculii adventitii intuitu invitis legibus gessit, filiusque sui juris factus alienationem revocare possit. Nec placet limitatio Brunnemanni *ad L. I. C. de bon. matern. n.* 14. quod filius patris heres factus alienationem hanc ratihabere, factumque patris agnoscere debeat, cum obligatio heredis neutiquam eo extendi possit, ut & ea, quæ nulliter gesta sunt, valida esse fiant. Et ita responderunt Scabini Jenenses Mens. Nov. 1736.

*m*) Quod vocant peculium adventitium irregulare. Hoc vero, cum ad filium pleno jure spectet, patris dispositioni plane non subest, sed minorenni filio peculiaris tutor vel curator constituitur, qui administrationem suscipiat. Volens tamen pater suscipere quidem potest administrationem, sed nullis ideo privilegiis est munitus, cum potius ad ea omnia obligetur, ad quæ alias tutor vel curator administrans est obligatus.

*n*) Verum ex allegata *L. VII. C. de bon. quæ liber.* aperte constat, donata a Principe referri ad peculium castrense. Multum vero interest, cui speciei ea annumeres, cum de peculio castrensi filio testari liceat, non de adventitio irregulari Huber. *ad Dig. tit. de pecul.* §. *II. in fin.*

*o*) Illum tamen acquæstum intellige, qui militiam instruit. Ea vero qualitas in bona immobilia non cadit. Quare in se nec peculio castrensi accedunt. Quia tamen peculium pro universitate habetur *L. XX* §. *X. D. de heredit. petit.* in universalibus vero res in locum pretii

VII. PORRO servi & proprii homines, quicquid acquirunt, sine distinctione dominis suis acquirunt [q], qua de re *Lib.* 1. *t.* 4. *§.* 2. dictum. Hodie famuli & ministri, qui, mercede conducti, operis suis nobis inserviunt, non omnia nobis acquirunt, sed id duntaxat, quod ex istis operis consequuntur, nec eorum facto, quod extra ministerium est, ulterius, quam pro mercede debita, obligantur. GROT. *d. Lib.* 3. *c.* 38. *n.* 9.

VIII. TANDEM sciendum, quod etiam per procuratorem, negotiorum gestorem, institorem, exercitorem nobis acquiratur [r], uti convenientibus locis explicatur, §. 5. *I. per quas person. cuique acquir.*

ADD. *L.* 2. *T.* 8 *I. quib. alien. lic. vel non*, & *T.* 9. *I. per quas pers. cuique acquir.*

succedit, juris etiam est, ut per indirectum res ex peculio castrensi emta eodem jure, quo ipsum peculium, censeatur *L. I. C. de castrens. peculio.*

p) ID est, filius hujus peculii intuitu habetur pro patrefamilias, utitur jure separationis *L. VII. C. de castrens. pecul. L. I. §. IX. D. de separation.* gaudet beneficio competentiae *L. VI. & XVIII. de re judic.* oneri collationis hoc peculium non subest *L. I. §. 15. D. L. fin. C. de collat.* filius cum patre ejus intuitu agit *L. IV. D. de judic.* Verbo, & proprietatem & usumfructum cum liberrima dispositione inter vivos & mortis causa habet *pr. J. quib. non est permiss. fac. testam. L. III. C. de Castrens. pecul.* Unica differentia inter peculium castrense & quasi castrense, haec est a modo testandi desumta, quod de illo filiusfamilias jure militari omissis solemnitatibus, de hoc non nisi jure communi, & secundum normam a legibus praescriptam testetur.

q) CUM Auctor noster de acquaestu per servos & liberos nimis vage loquatur, confusionis evitandae causa sequentes propositiones sollicite sunt distinguendae. I) Verum est, patrem per liberos, dominum per servos, ut & dominum jurisdictionalem per homines proprios acquirere. II) Falsum est, id indistincte fieri. III) Falsum est, acquaestum, qui Germanis cognitus est, cum acquaestu Romanorum convenire. Nam liberi utrique parentum operis suis acquirunt, quamdiu in familia paterna vivunt. Homines proprii domino jurisdictionali acquirunt per operas & praestationes tam personales, quam reales. Servi nostri vi pacti dominis acquirunt operis suis, quamdiu in famulitio sunt. Omnis itaque acquaestus in Germania absolvitur emolumentis, quae ex operis proveniunt, ad quas praestandas vel filius, vel servus ob peculiarem societatis paternae vel herilis nexum, homo vero proprius ob vinculum, quo praedio domini adstringitur, obligatus est. Id, quod praeterea acquirunt sive ex contractu, sive ex testamento, sibi solis acquirunt. Inde vero patet, quam late acquaestus Germanorum a Romanorum discedat, siquidem apud Romanos dominium patris & domini, quod liberorum & servorum intuitu exercebant, hos in ea conditione vivere jubebat, ut nil proprii unquam habere possent, sed iidem ipsi omne lucrum, sive ex stipulatione, & donatione, sive ex legato vel testamento, obveniret, patri vel domino relinquere debebant. Nec alia servorum unquam conditio fuit, liberorum vero conditionem postea meliorem factam esse, ex iis, quae supra monui, colligere licet.

r) ROMANIS olim vix alius acquaestus, qui ex facto tertii provenerit, cognitus fuit, quam si persona tertia acquirentis juri esset subjecta. Caeterum regulam servabant; per extraneam personam liberam nihil acquiri posse, nullamque, nisi inter ipsos contrahentes, nasci obligationem *§. IV. J. de inutil. stipulat. L. III. C. Eod.* Quapropter vel fictione quadam utebantur, eum, qui acquireret, dominum esse. Idque usu veniebat in tutore, & procuratore, vid. BÖHMERI *Differt. de dominio litis*, vel cessione jus ab alio acquisitum in alium transferendum esse credebant. Verum hanc subtilitatem Germani ante receptionem Juris Romani feliciter ignorarunt, & adhuc hodie ignorant, ut sic nostris moribus plane non conveniat, sed tertio etiam inscio & ignoranti per tertium obligatio & actio valide acquiratur SCHILTER. *Exercit. XXXIII. th. XXXI.*

TIT. XII.

# TITULUS XII. DE DOMINII NATURA ET EFFECTU, EIUSQUE DIVISIONIBUS, AC IN SPECIE DE EMPHYTEUSI, ET SUPERFICIE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Dominii acquisiti vis & effectus.* II. *Dominii divisio in plenum & minus plenum.* III. *Emphyteuseos descriptio.* L. 6. ff. t. 3. Si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius pet. IV. *Res emphyteutica: & modus constituendi.* V. *Constituta emphyteusis transfertur in successores.* VI. *Jus domini emphyteuseos.* VII. *Jus emphyteutæ consistit 1. in percipiendis omnibus commodis,* VIII. *2. in potestate quodammodo alienandi.* IX. *Pignus constituendi.* X. *Emphyteusi alienata laudemium solvendum est domino.* XI. *Finitur & amittitur emphyteusis tum ex causis communibus nimirum 1. consolidatione, quæ contingit morte, præscriptione, renunciatione.* XII. *2. deterioratione, 3. interitu rei. 4. lapsu temporis,* XIII. *tum ex causis propriis, 1. canone non soluto, 2. emphyteusi absque consensu alienata.* XIV. *Amissa emphyteusi non repetuntur impensæ. Fructus percepti retinentur.* XV. *Divisa rei emphyteuticæ non obest domino. Plurium emphyteutarum nomine unus constitui solet: ein Lehnträger.* XVI. *Ab emphyteuticis differunt censitica bona. Qualia in dubio bona censeantur.* XVII. *Superficiarii juris descriptio.* L. 43. ff. t. 18. de superficiebus. XVIII. *Persona constituens & acquirens.* XIX. *Res, in quibus constituitur.* XX. *Modus constituendi.* XXI. *Jus ipsum constitutum.* XXII. *Ejus amissio.* XXIII. *Jus feudi.*

I. ACQUISITUM dominium potissimum consistit [r] in proprietate, & arbitrio de re sua disponendi, deinde in fructuum perceptione, quæ per consequentiam ex proprietate fluit, ac dependet. *l. 25. pr. l. 1. ff. de usur.* atque hæc etiam a proprietate separari potest. *l. 25. de V. S.*

II. CUM vero arbitrium ac potestas de re sua disponendi vel sit omnino libera, vel restricta [s], ideo ab interpretibus dominium distinguitur in plenum, & minus plenum. Plenum dicitur, ubi liberum est disponendi arbitrium: minus plenum, quando adest ipsi proprietati restrictio, & quidem, qui retinet proprietatem ita restrictam, & superiorem in re potestatem, dicitur habere dominium directum, ut 1.) dominus emphyteuseos, 2.) dominus superficiei, 3.) dominus feudi. Qui vero cum jure uten-

r) IMO potissimum consistit in facultate, rem suam a quovis possessore vindicandi, cum, ut Auctor noster ipse fatetur, reliqui effectus dominii, quæ naturam ejus solum constituunt, salva dominii essentia abesse possint. Idque nos ipsi supra jam probatum dedimus.

s) ISTA restrictio, qua dominus facultate disponendi de re sua, eam transmittendi ad heredes cujuscunque generis, & omnem utilitatem ex re percipiendi, vel in totum vel pro parte, privatur, ex triplici fonte dependet. Vel enim lex restringit. Cujus rei exempla occurrunt in alienatione bonorum pupillorum & minorum, Ecclesiasticorum, civitatis, prodigorum, rei dotalis, obærati debitoris, &c. Vel pacto interveniente, dominus juribus suis renunciat, eorumque tertium participem reddit. Quod facile probatur exemplo feudi, emphyteuseos, superficiei, unionis prolium, pactorum successoriorum. Vel testator effectus dominii limitat. Idque fit v. c. in fideicommissis familiæ, vel etiam, quando proprietatem & usumfructum dividit. Præterea vero in restrictione effectuum dominii vel id agitur, ut alter omnem proprietatem retineat, nec tamen reliquis dominii effectibus utatur, vel id etiam agitur, ut alter partem solum proprietatis, eamque nudam, habeat, alter vero partem proprietatis cum emolumento consequatur. Quod fundamentum est distinctionis dominii in plenum & minus plenum, directum & utile, cujus naturam & differentiam jam supra ad *Tit. I. Lib. II.* perscrutati sumus. Resque omnis eo redit, quod dominus directus ex sua parte dominium utile, dominus utilis ex sua parte dominium directum

di fruendi concesso, participat de proprietate, dicitur habere ipsius rei, sibi ita concessæ, dominium utile, ut 1.) emphyteuta, 2.) superficiarius, 3.) vasallus. add. SYNT. NOST. FEUD. *cap. 2. aph. 3. in m.*

III. EMPHYTEUSIS [u], sive jus emphyteuticum, est jus in re immobili a domino alicui, se ad certum vectigal seu canonem, in recognitionem dominii præstandum, obliganti, constitutum, ita, ut possit illa re uti frui, ac de illa, pro arbitrio quodammodo restricto, & dependente ab alio, disponere, vel, est dominium utile, in re immobili a vero domino, sub conditione certæ pensionis, in recognitionem dominii directi solvendæ, alicui concessum *l. 1. & 2. ff. si ager vectig.* juncto *tot. t. C. de jur. emph.*

IV. DANTUR in emphyteusin ager & domus [x], & constituitur hoc jus [y] per pacta, contractus, vel etiam ultimas voluntates. Sciendum vero est, quod etiam opus

intervertere nequeat, neve hoc fiat, & dominus directus potius jus suum conservet, dominus utilis certas præstationes in se recipiat, quibus ipsis fatetur, dominium directum partem proprietatis sibi retinuisse.

*u*) UT in quovis negotio probe ab invicem distinguenda veniunt essentialia, naturalia, & accidentalia; ita & in Emphyteusi hæc invicem discernere maximam habebit utilitatem. Sunt autem essentialia, quæ dant esse rei, id est, efficiunt, ut negotium hoc, non aliud adsit, ipsum negotium ideo ab aliis distinguunt, & formam ejus constituunt. Quare necessario & præcise adesse debent, si vero desint, negotium in aliam speciem degenerat. Naturalia sunt, quæ regulariter adesse præsumuntur, nec prius absunt, quam pacto contrario abesse jubeantur. Accidentalia nunquam adsunt per se, sed pactis efficiendum est, ut negotio accedant. Ad essentialia itaque Emphyteuseos pertinet I) ut Emphyteuta fiat dominus utilis, II) & quidem rei immobilis, III) legem meliorationis in se recipiat, IV) Canonem uniformem in recognitionem dominii directi solvat. Ex priori fluit, quod jus domini directi disponendo vel alienando non possit intervertere, quod tamen jus habeat rem a quovis possessore vindicandi, jus etiam, omnem utilitatem ex re vi dominii percipiendi, quodque præterea Emphyteusin nemo constituere possit, nisi qui ipse dominium habet. Ex secundo fluit, quod Emphyteusis non constituatur in re mobili. Ex tertio recte infertur, quod omnis res, quæ culturam recipit, in Emphyteusin dari possit, quod Emphyteuta impensas meliorationis causa factas ex suo subministrare debeat, quod jus suum ob deteriorationem fundi amittat. Ex quarto denique facile deducitur, quod canon difformis Emphyteusi obsit, quod fructibus non sit proportionatus, sed in re minime consistere possit, quod canonis solutio non sit divisibilis, quod quilibet Emphyteuseos sit capax, qui canonem exsolvere, & dominium recognoscere potest, quod cessatio solutionis canonis nexui inter Dominum Emphyteuseos & Emphyteutam sit adversa. Ad naturalia Emphyteuseos inter alia pertinet, 1) ut ad heredes quoscunque transeat, 2) ut laudemium Emphyteuta pro receptione solvat, ubi id consuetudine est introductum. Alias enim laudemii præstatio ad accidentalia magis pertinet.

*x*) OLIM solum in agris civitatum publicis, & quidem incultis. Habet enim Emphyteusis originem ab instituto Romanorum, quo agros devictarum gentium provincialibus sub lege meliorationis cum onere exsolvendi canonis in recognitionem dominii concedebant. Postquam autem Zeno Imperator ipsum hoc negotium in certam formam redegerat, privati quoque agros remotiores in Emphyteusin dare solebant. Quod post varia temporum intervalla ad omnes agros etiam satis cultos, imo & ad prædia urbana tractum est. vid. PETR. BURMANNUM *de vectigal. popul. Roman.* SCHILTER. *Exerc. XVI. th. LXXVI. seqq.* STRYCK *us. Modern. D. tit. si ager vectigal. petat. §. III.*

*y*) UT Emphyteusis jus reale producat, hæc tria conjunctim adsint, necesse est. Primo legitima constitutio aut per titulum dominii translativum, aut per ultimam voluntatem. Secundo nexus Emphyteutici, interveniente contractu Emphyteutico, introductio. Tertio rei Emphyteuticæ traditio. Prius enim non sufficit, quia titulis dominii translativis id magis inest, ut res pleno jure in alium transferatur, quam, ut accipiens dominium tantum utile acquirat. Alterum nondum sufficit, quia ex contractu obligatio solum personalis ad rem tradendam nascitur,

sit singulari contractu emphyteutico [z], per quem promittitur canon, uti suo loco tradetur. Præterea etiam præscriptione longi temporis acquiritur [a] emphyteusis, vel etiam longissimi, secundum casuum diversitatem.

V. CONSTITUTA & acquisita emphyteusis defertur legitimis successoribus [b], & succedunt in ea non solum masculi, sed & fœminæ. *Nov. 7. c. 3. pr.* Si vero in contractu emphyteutico certa restrictio sit addita, illa observanda erit.

VI. JUS domini emphyteuseos consistit in eo, quod ipsum emphyteuta pro domini superiori recognoscere debet, ac inde 1.) obstrictus sit ad canonem annuatim

jus autem reale non transfertur. Ergo præterea tradicio accedat, ut Emphyteuta dominium utile acquirat.

z) QUI, ut suo loco videbimus, contractibus consensualibus annumeratur, atque sic ad sui essentiam scripturam, quamvis hæc conventione partium formalibus negotii annumerari possit, non requirit. Nec aliud ex *L. I. C. de jur. Emphyteut.* evincitur, cum verba textus enunciativa, non dispositiva, esse per se constet. Nullum etiam fundamentum habet distinctio inter Emphyteusin secularem & ecclesiasticam, si scripturæ necessitatem consideres, cum sententiam illam, in Ecclesiastica minimum emphyteusi scripturam ad formam negotii pertinere *Novell. VII. pr.* NOVELL. *CXX cap. V.* parum juvet. Sed omnis hæc de scriptura in Emphyteuseos constitutione adhibenda doctrina ex confusione jurium Romanorum & Germanicorum promanasse videtur. Germanorum enim moribus invaluit, ut fere de re immobili in alium transferenda nunquam consensum interponerent, quin simul probationis causa accederet scriptura.

a) QUAE præscriptio, ut omnibus requisitis, quæ alias præscriptioni locum faciunt, munita esse debet, ita quoque sigillatim præsupponit, possessorem, ut emphyteutam, fundum possedisse; quod an præsumi possit, si per tempus lege definitum canonem uniformem, qui cum fructibus non habet proportionem, exsolvit, inter Doctores non convenit. Nos MEVIO quidem, qui in *Decis. CLXXXVIII. P. III.* ex sola solutione canonis uniformis emphyteusin induci negat, accedimus, cum & pro agro locato canon uniformis præstari possit. Quodsi vero canon iste fructibus non sit proportionatus, prægnantem pro Emphyteusi oriri præsumtionem, omnino credimus, cumprimis, quia in hoc uno fere Emphyteusis ab aliis bonis censiticis & conductis sese distinguat add. WERNHER. *P. IV. obs. LXXXVI.* Quod in Saxonia Electorali per CONSTIT. ELECT. *XL. P. II.* expressa lege statutum. Quare, ne domino agri ista præsumtio aliquando obstet, neve illi probatio, agrum potius conductum esse, desit, id agat, ut statis temporibus canonem augeat vel minuat. Ejusmodi enim difformitas id efficit, ut, conducta magis, quam Emphyteutica prædia esse censeantur WERNHER. *P. I. obs. LXXV.* Quam bene autem sibi ista ratione dominus agri consulat, inde facile patet, quia prædia emphyteutica revocari nequeunt pro lubitu, bene vero prædia conducta SCHILTER. *Pr. Jur. Rom. Exerc. XVI. §. LXXXVI.* SECKENDORF. *im Teutschen Fürsten-Staat. P. III. §. II. ∫. V.*

b) HOC tamen naturale solum esse, & pactis mutari posse, & nos supra diximus, & Auctor recte monet. Verum in Emphyteusi Ecclesiastica thesis invertenda est. Hujus enim natura non patitur, ut ultra nepotes extendatur successio NOVELL. *VII. cap. VII. pr.* Atque ideo peculiari pacto opus est, ut in perpetuum duret NOVELL. *LV. & CXX. cap. VI.* AUTHENT. *perpetua C. de SS. Eccles.* Ratio vero ipsa, quod Emphyteusis secularis ad omnes heredes transeat, partim ex voluntate legislatoris, partim inde petenda est, quia omnis Emphyteuta, cujuscunque sexus vel qualitatis sit, ex solutione canonis dominium recognoscere potest. Quo ipso luculentum simul sese inter feuda & emphyteusin sistit discrimen, cum in feudo regulariter illi solum succedunt, qui a primo acquirente descendunt, & qui pacto sibi prospexerunt. Feudum tamen non statim subesse, etiamsi emphyteusis concessa sit *zum Lehn*, recte monet LEYSER. *Spec. CII. med. VII.* Vox enim *Leben* adeo late patet, ut omnia bona, quæ quis alterius beneficio possidet, qui sibi in concessione jus aliquod reservavit, sub se comprehendat HORN. *Jurispr. Feudal. cap. II. ∫. III.* Imo licet investituræ actus, *die Belehnung* accedat, feudum non statim adest, cum & de censiticis & emphyteuticis prædiis in-

præstandum, 2.) ad renovandum contractum, & laudemium solvendum, certis casibus: *vid. aph.* 10. & 3.) ad impetrandum consensum in alienationem rei emphyteuticæ. Dominus vero pro lubitu jus suum, absque consensu emphyteutæ, alienare potest, CARPZOV. *p.* 2. *c.* 39. *def.* 10.

VII. EMPHYTEUTAE jus in eo consistit [c], quod instar domini sit, adeoque 1.) omnes obventiones, fructus, & commoda ex re emphyteutica percipiat, & inde etiam thesaurum inventum solus retineat, vel cum inventore dividat. Hinc etiam omnia onera sustinere, atque tributa & collectas, aliasque publicas pensitationes, solvere tenetur. *l.* 2. *C. de jur. emph.* CARPZ. *p.* 2. *C.* 38. *d.* 18. nec non damnum particulare ferre, *l.* 1. *in f. C. h. t.* adeoque ipsi etiam non remittitur pensio, seu canon, ob sterilitatem, vel incursionem hostium *arg. d. l.* 1. nisi quis re plane non potuerit uti, Vid. CARPZ. 1. *Resp.* 91.

VIII. PORRO 2.) potest vi dominii sui, vel quod quodammodo participet de proprietate, rem ipsam pro lubitu tractare, & ad usum proprium aptare, *d. l.* 1. *&* 2. *C. h. t.* imo etiam jus emphyteuticum in alium transferre, ita tamen ut domini consensus quidem sit requirendus [d], hic vero novum emphyteutam suscipere teneatur. *d. l. ult. C de jur. emph.*

vestitura fieri soleat, vid. late LUDWIGII *Jus Clientel. Germanor.* STRUVII *Syntagm. Jur. Feud. c. II §. X n.* 3.

*c*) FACILE, quid Emphyteutæ in re emphyteuticaria juris competat, & quænam incommoda eum sequantur, ex natura dominii utilis deduxeris. Vi dominii enim rem vindicat, de eadem disponit tam inter vivos, quam mortis causa, eam ad quoscunque generis heredes transmittit, omnia emolumenta ex eadem ipsi percipit tam ordinaria, quam extraordinaria, sed & onera vi correlatorum subit, imo & casum, ut dominus, sentit, sterilitatem solus fert. Quem admodum autem dominium utile indicat, adesse alium dominum, qui partem proprietatis sibi retinuit, sic ipse emphyteuta proprietatis partem sibi concessam ita exerceat, ne jus dominii directi pereat. Quo fit, ut ejus dispositio de Emphyteusi sit restricta, nec effectum habeat, intuitu domini directi, cujus consensus deest. Sed & dominium utile præsupponit, rem adesse, quæ commodum affert. Quare si tota res Emphyteuticaria perit, cessat dominium utile, & cessat etiam procul dubio obligatio onera ferendi, atque dominus magis directus omne damnum fert. *L. I. & II. C. de jur. emphyteut.* Addunt alii, hanc obligationem expirare, si emphyteuta re emphyteutica plane non potuit uti v. e. propter bellum BRUNNEMANN. *ad d. L. I. C. Eod.* quod in se spectatum ratione non caret, cum res sic civiliter minimum extincta sit, rei vero extinctæ dominium recognosci nequeat. Sed æquitas omnino suadet, ut dispiciamus, an usus rei in perpetuum, an vero ad tempus solum intercipiatur. Posteriori enim in casu damnum adhuc Emphyteuta ferre debet.

*d*) CUJUS dispositionis ratio ex antea dictis constat. Consistit enim in interesse domini, cui invito neque dominium directum interverti, neque novus emphyteuta obtrudi potest, maxime cum justas dissentiendi dominus habere possit causas, quare novum emphyteutam non admittat. Utut enim domino integrum non sit, ipsam alienationem dissensu suo irritam facere, cum jus alienandi, salvo semper jure suo, emphyteutæ concesserit, in novo tamen Emphyteuta occurrere possunt qualitates, quæ eum inhabilem reddunt, ut contractui emphyteutico satisfaciat. Et sic juris omnino est, quod emphyteuta in omnibus alienationibus consensum domini requirere debeat, etiamsi non vendat, sed donet, permutet, in dotem vel in solutum det. Qui enim istam consensum requirendi necessitatem ad emtionem venditionem restringunt, vim inferunt claræ *Leg. III. C de jur. Emphyteut.* dispositioni generali, dumque ad leges Pandectarum provocent, obliviscuntur certe, antiqua ista jura per leges Codicis esse sublata. vid. VINNIUM *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. II.* LEYSER. *Spec. CV. med. II*, Nolumus tamen cum iis litigare,

IX. Pignus tamen, cum eo emphyteusis in alium non transferatur, absque consensu domini [e] in re emphyteutica recte constitui volunt. *l. 51. ff. de pignor.* Jul. Clar. *l. 4. sent. § emphyteusis. q. 18.* Carpzov. *p. 2. C. 25. d. 7. n. 10.*

X. Alienata emphyteusi in alium, novus ille emphyteuta, in quem sive contractu, sive testamento, emphyteusis transfertur, domino laudemium solvere tenetur [f], quod olim erat quinquagesima pars pretii, *l. ult. C. de jur emphyt.* Hodie regu-

qui in alienationibus, extra casum venditionis, denunciationem domino solum in vim simplicis certiorationis fieri autumant, quo de novo emphyteuta deliberare possit, cum nobis sufficiat, emphyteutam irrequisito domino alienare non posse. Quod autem alienationem per emtionem venditionem attinet, peculiaris adhuc ratio adest, cur domino prius denuncianda sit. Leges enim domino concedunt jus Protimiseos, ejusque arbitrio relinquunt, utrum eo intra duos menses a tempore denunciationis uti velit. *L. fin. C. de jur. Emphyteut.* Et hoc jus, sicuti domino solum competit, quando emtio venditio extraneo fit. Berger. *Oec. Jur. Lib. III. Tit. V. §. XIV. nos. 2.* cum eorum intuitu, qui in Emphyteusi ex natura contractus succedunt, ejusmodi alienatio proprie non sit alienatio, sed juris jam competentis anticipatio, ita nec extra casum venditionis unquam exerceri potest. Ita enim allegatam *L. fin. C. de jur. emphyteus* recte explicat Bacchovius *ad Treutler. Vol. I. Disp. XXIX. § XIII. lit. E.* & a dubiis aliorum vindicat Franzckius *de Laudem. cap. IX. n. 90 seq.* Nam ex ipsa lege apparet, domino impositam esse necessitatem, ut easdem conditiones præstet, quas ille recepit, in quem emphyteusis transfertur. Facile vero patet, id in reliquis alienationibus, si permutatio, donatio, dotis datio, intercedit, fieri non posse. Semper enim hic alienantis interest, quis rem accipiat. In sola emtione venditione pretium solum attenditur, & perinde est, quis illud solvat. Conf. Berger. *Elect. Disceps. Forens. supplement. ad. P. II p. 1236.*

[e] Per pignoris enim constitutionem domini ius non intervertitur. Et quamvis alienatio sequi possit, salvum tamen manet jus domini emphyteutici, extraneum excludendi, & pretio soluto fundum sibi iterum vindicandi. Ut sic nihil interesse possit, sive emphyteuta sponte sua & ex voluntate, an coactus & ex necessitate fundum alienet. Interim hoc negotium neutiquam eo extendendum, ut dominus non consentiens obligetur ad reluendum pignus, si emphyteusis ad eum revertitur. Juris enim est, ut resoluto jure dantis jus etiam accipientis expiret, quod expressis verbis ratione pignoris in emphyteusi constitui approbat *d. L. XXXXI. D. de pignor.*

[f] Est igitur laudemium certa pecunia pro receptione novi emphyteutæ domino ex consuetudine plerumque, nonnunquam ex pacto exsolvenda. Omne itaque fundamentum laudemii ex consuetudine vel pacto dependet. Nec ideo ad certam regulam redigi possunt casus, in quibus debetur, nec quantitas ubique eadem est, nec ratione personarum, quæ laudemium præstant, jura conveniunt. Aliquando mutato solum emphyteuta, alibi etiam mutato Emphyteuseos domino exsolvitur. Alibi ob alienationes inter vivos, alibi ob successionem vel testamentariam vel legalem præstatur. Mox in majori summa, mox in minori summa pro singulis centenis solvitur. Merito itaque ad statuta localia, observantiam & intentionem pacificantium est respiciendum. Id generale est, quod a casu ad casum in dubio non possit extendi, sed ubique strictam interpretationem desideret, Wernher. *P. III, obs. XCII,* quod, quia pro receptione & investitura solvitur, non debeatur, nisi novus possessor receptus, investitus & possessio in eum translata sit. Wernher. *P. V. obs. XCVI. P. VI. obs. CCCCLVI.* quod in determinanda laudemii quantitate pro singulis centenis, si emtio venditio interveniat, pretium rei, de quo partes convenerunt, spectandum, Berger. *Elect. Discept. forens. p. 1325.* &, si simulationem intercessisse præsumi possit, juramento veritas indicanda sit. Franzkius *de laudem cap. XXIV. n. 29.* In reliquis alienationibus spectatur æstimatio, quæ nunc est Carpzov. *Lib. I. Resp. XC.* Berger. *Oec. Jur. p 701. n. 10.* quod porro in eadem moneta sit exsolvendum, in qua pretium ex determinatione contrahentium solutum *Leg. fin. C de jur. Emphyteut.* Denique, quod in alienationibus necessariis & sub hasta ob æs alienum factis cesset, partim, quod emtor jure obstringi nequeat, ut plus solvat, quam pre-

lariter pro singulis centenis pretii quinque præstantur. Quibusdam vero locis majus laudemium est introductum, ita nimirum ut pro centenis decem debeantur, vid. FRANZK. *tr. de laudem.* add. etiam SYNT. NOST. FEUD. *cap.* 10. *aph.* 12. & 13. Præterea etiam in hoc variant consuetudines locorum, quod nimirum quibusdam locis solum in translatione in extraneum laudemium sit præstandum, quibusdam vero locis etiam in casu, quo ab intestato liberi, aliive heredes, succedunt, solvendum est, vid. FRANZK. *d. tract.* CARPZ. *p.* 2. *c.* 39. *def.* 11. *seq.*

XI. FINITUR vel amittitur emphyteusis tum ex causis communibus, tum ex causis propriis. Causa communis est 1.) consolidatio, quæ fit 1. moriente emphyteuta, nullis relictis successoribus, 2. præscriptione, sive dominus rem debito modo, & tempore possidens, contra emphyteutam, sive emphyteuta contra dominum, denegationi canonis acquiescentem, præscribat CARPZ. *p.* 2. *C.* 38. *def.* 15. 3. renunciatione seu cessione [g], si domino iterum jus suum cedat emphyteuta: quod tamen invito domino non licet.

XII. PORRO 2.) si emphyteuta, dolo culpave lata, rem reddat insigniter deteriorem: tum enim emphyteusi privatur. *auth. qui res. C. de SS. Eccles.* si vero pars solum deterior reddatur, ea tantum privatur. CARPZ. *p.* 2. *C.* 38. *def.* 23. & 24. 3.) interitu rei, si scilicet in totum res emphyteutica perierit; alias si pro parte tantum, nihilominus jus ipsum in qualibet ejus parte remanet, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* sic domo licet combusta, nihilominus in area subsistit. 4.) lapsu temporis præfiniti. *l. fin. ff. si ager. vectig.*

XIII. PROPRIA causa, ob quam specialiter jure suo emphyteuta cadit, est 1.) si canon in ecclesiastica emphyteusi intra biennium *c. ult. X. de loc. & cond.* in seculari intra triennium, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* non solvatur [h]. add. CARPZOV. *p.* 2. *c.* 38.

misit, partim, quod venditor hic de damno vitando certet. LEYSER. *Spec. CIV. med. VIII.* Cæterum integram de laudemio doctrinam exhausit FRANZKIUS *pecul. tract.* Conferri tamen etiam merentur, quæ de jure Germanico in hoc argumento edisseruit BEYER. *Jur. German. Lib. I. cap. XXIII.*

g) RENUNCIATIONEM, cessionemque emphyteuseos, cui similis est derelictio, invito domino fieri non posse, Auctor ait. Et sic ex ejus suffragio Emphyteutæ jus prædium emphyteuticum refutandi, vel deferendo prædium se ab obligatione præstandi canonem liberandi, non habebit. Quod etiam sufficientem habere videtur rationem. Nam, qui, dum contrariam opinionem defendunt, argumentum ab exemplo, nempe a refutatione feudi, quæ invito etiam domino fieri potest, desumunt, negare non possunt, emphyteusin & feudum non in omnibus convenire. Præterea tritissima res est, neminem invita altera parte ab obligatione personali recedere posse. Lex vero, quæ hanc facultatem emphyteutæ concederet, deest. Sed Praxis nihilosecius cum SCHILTERO *Exerc. XVI. §. LXXXVIII. seq.* sententiam Auctoris opinioni contrariam amplectitur, & unicum casum, si fundus a fisco in emphyteusin acceptus est, ex *L. III. C. de fund. patrim.* excipit.

*h*) CANON, ut diximus, signum est, plenum dominium in Emphyteutam non esse translatum. Ejusque exsolutio jus domini directi conservat. Quare solutionis canonis cessatio non potest non in contemtum domini vergere. Atque ideo jura constituere, ut, qui in exsolvendo canone negligens esset, emphyteusi privaretur. Ut tamen hæc pœna locum habeat, primo requiritur, ut emphyteuta vel dolose, vel ex crassa negligentia, canonis solutionem deneget. Sola culpa per se privationem non operatur. Multo minus pœna locum habet, quando justam Emphyteuta intermissionis allegare potest causam, v. c. sterilitatem, incendium, aliumque casum fortuitum. LEYSER. *Spec. CIII. med. II. seqq.* Eodem modo cessabit, si Emphyteuta exceptione

*d. l. seqq.* Ubi tamen causæ cognitione opus est, nec potest propria autoritate expellere [i] dominus emphyteutam, nisi ipse jurisdictionem quoque habeat. Est vero in arbitrio domini, velitne canonem exigere, an vero ad privationem agere, *l. 2. C. d. t.* Heres autem domini ad rei privationem agere nequit. *arg. l. 7. C. de revocat. donat.* Cæterum antequam dominus de canone non soluto conqueratur, emphyteuta, offerendo canonem, moram purgare, & pœnam caducitatis evitare potest. *d. c. ult. X. de loc. & cond.* JUL. CLAR. *lib. 4. quæst.* 10. §. *emphyt.* CARPZ. *p. 2. C.* 38. *d.* 11. 2.) si emphyteusis absque consensu domini fuerit alienata. *l. 3. in f. C. d. t.* quod tamen in foro Saxonico vix obtinet, cum, resignatione judiciali non interveniente, non censeatur res perfecte tradita. vid. CARPZOV. *d. l. def.* 13.

XIV. AMISSA emphyteusi, emphyteuta non potest impensas seu meliorationes repetere [k] *l. 2. vers. fin autem. C. d. t.* quia eas secundum naturam hujus contractus fecit. CARPZ. *d. l. def.* 12. *num.* 9. fructus autem, quos ante privationem, licet post lapsum biennii trienniive percipit, ad emphyteutam pertinent. CARPZ. *ibid.*

XV. DENIQUE addendum, quid obtineat, si emphyteuta partem aliquam fundi emphyteutici divisim vendat, aut alio modo alienet, an per hoc ipse etiam annuus canon pro rata dividatur? Et quidem cum canon ille totam rem emphyteuticam pro indiviso haud dubie afficit, consequens est, ut, licet emphyteuta partem fundi emphyteutici cum suo onere pro rata partis suæ vendat, domino tamen libera electio competat, adversus quem fundi possessorem, etiam divisim & pro parte tantum possidentem, velit pro integro canone in solidum agere, sic ut divisionis beneficium possessori nihil prosit [l]. *arg. l. 2. C. si un. ex plur. her. deb.* Aliquando etiam ex pluribus heredibus seu possessoribus constituitur certa persona, quæ nomine omnium rem a domino emphyteuticam ...

compensationis tutus est. Deinde requiritur, Emphyteutam solutionem canonis in totum intermittere. Quodsi partem solvat, expelli nequit. Est enim ratio expellendi Emphyteutam non interesse aliquod pecuniarium, sed contemtus domini directi, & malitia Emphyteutæ, qui differendo vel denegando solutionem jus domini directi intervertere velle creditur. CARPZOV. *P. II. Const. XLVIII. def. IV.* BACCHOV. *ad Treutler. Vol. I. Disp. XXIX. §. XII lit. B.* Qui vero partem solvit, eo ipso dominium recognoscit, seque in ea causa non esse, ut jus domini directi intervertere studeat, aperte declarat.

i) NON itaque ipso jure amittitur emphyteusis, sed actione privatoria opus est, & sufficienti causæ cognitione, cum expediti juris sit, ut prius inquirere debeat judex, solutio, utrum ex dolo, an ex culpa, utrum ex contemtu, an ex justa causa, cessaverit. Ipsa vero actio cum ad vindicandam injuriam tendat, non heredibus solum domini, si hic ante declarationem mortuus sit, non competit, sed etiam ab Emphyteuta, per oblationem canonis & moræ purgationem, impediri potest. Imo ipse dominus, qui post actionem jam institutam canonem ejusque partem accipit, injuriam tacite remisisse censetur, nisi sit protestatus. *L. XVII. §. VI. D. de injur.* GOTHOFREDUS *ad L. XI. §. I. Eod.*

k) SI nempe Emphyteusis culpa Emphyteutæ finitur. Sin citra ejus culpam, & commodum in dominum redundet, hic, ne cum alterius damno fiat locupletior, Emphyteutam indemnem præstare debet. Utut vero meliorationes repetere nequeat Emphyteuta, qui semel in actione privatoria succubuit, potest tamen ex capite deteriorationis conventus a pœna privationis se liberare, si ex altera parte res melior extet. Tum enim deteriorationes cum meliorationibus recte compensat. *L. XI. in fin. de negot. gest. L. XLV. §. XII. de jur. fisc.*

l) CUJUS opinionis fundamentum denuo aliunde non repetendum, quam quod canon exsolvatur in recognitionem dominii, quæ ipsa est individua. VOETIUS *ad tit. D. si ager vectig. §. XXXVIII.*

phyteuseos recognoscat, & canonem solvat, & vocari solet *ein Lehnträger* CARPZ. *p. 2. c. 38. def. 5. n 8.*

XVI. DIFFERT ab emphyteusi census [m]. Census vero est jus annui reditus perpetuo recipiendi, quem quis in ipsa rei suæ translatione in veteris dominii memoriam, annuatim solvendum sibi retinet. Differt igitur in eo ab emphyteusi, quod verum & directum dominium in censualem transferatur, quod in emphyteuseos constitutione apud constituentem manet: Nec censum solvimus de re aliena, sed de re nostra. Unde nec caducitatis pœna ob cessationem locum habet [n]. vid. FRANZK. *Lib. 1. Var. Resol. resol. 1. & seqq.* CARPZOV. *p. 2. C. 39. d. 1.* SYNT. NOST. FEUD. *cap. 2. aph. pen. n. 3.* add. GROT. *Introd. in jus Belg. Lib. 2. c. 46.* CHRISTIN. *Decis. Belgic. 91. num. 2. vol. 5.* ARGENTRAEUS *ad Consuetud. Britann. art. 73. g'ss. 2. num. 1.* Cæterum in dubio censentur bona censitica [o], non emphyteutica: CONSTIT. ELECT.

m) ISQUE est vel reservativus vel constitutivus. Ille dicitur, quando quis in venditione rei suæ, pleno jure in alium translatæ, censum reservat, annuatim præstandum. Invaluit vero ea ratione, ut qui prædii sui, quantumvis boni, ob pretii magnitudinem non inveniret exoptatum emtorem, emtori, qui vilius pretium offerret, rem ea lege pro viliori pretio venderet, ut quotannis censum in compensationem lucri solveret. Hic est, quando quis certam pecuniæ summam alteri ea lege vendit, ut quotannis loco usurarum certum censum exsolvat. Et hunc censum mutuum palliatum continere, facile patet. Natales vero debet piis Clericorum fraudibus, qui prohibitionem Juris Canonici de non sumendis usuris novo hoc nomine eludebant. Ipsum enim negotium, quo census constituitur, merito mutuum, venditorem pecuniæ creditorem, ejus denique emtorem debitorem dixeris. Nec dubitarunt ideo Legislatores nostri, quin in ORDINAT. POLITIC. *de anno 1548. tit. von wucherlichen Contracten*, ea, quæ de mutuo reperirent constituta, ad contractum hunc censiticum applicarent, eundemque pœnis usurariæ pravitatis subesse statuerent. Cæterum posterioris generis census sæpe ita constituitur, ut rei debitoris, perpetui oneris instar, inhæreat, nec unquam redimi possit, ipsæque leges adeo ejusmodi negotio favent, ut creditori, orto super facultatibus concursu, jus prioritatis præ aliis concedant, & annuos census in prima classe exsolvi jubeant. Quod jus singulare exorbitans merito dixeris, & cum gravi aliorum creditorum damno conjunctum. Ex qua causa id ipsum procul dubio sustulit Elector Saxo in ORDINAT. PROC. RECOGN. *Tit. XLII. §. VIII.*

n) POTEST tamen in locum pœnæ caducitatis pacto alia pœna substitui, & consensu partium effici, ut census fiat promobilis, *dass der Zinssmann Rutscher Zinss geben muss*. Cujus indoles ea est, ut census ob moram censitæ in dies crescat, & canon v. c. unius Imperialis certo die exsolvendus secundo post moram die duorum, tertio die trium Imperialium sit. Meminit hujus census JUS PROVINC. SAXONIC *Lib. I. art. LIV* Hodie paulo rarior est, CARPZOV. *P. II Constit. XXXVIII def. XXV.* locum tamen habet in quibusdam Westphaliæ locis. vid. ESBACH *ad Carpz. d. l.* & add. ADRIAN. BEIERI *tr. de censibus promobilibus*.

o) ID est ejus generis bona, quorum penes possessorem plenum dominium est. Sunt enim in Germania præterea bona censitica, quorum dominium penes concedentem manet, ab ipsis bonis Romanorum emphyteuticis distinguenda, & ex pactis inter dominum concedentem, & possessorem initis dijudicanda. Ab antiquis enim temporibus mos invaluit apud nostrates, ut domini jurisdictionales servis manumissis & rusticis prædia sua, sub onere certi census exsolvendi utenda fruenda, concederent. Quod cum fieret vel ad tempus, vel in perpetuum, occasionem dedit distinctioni inter prædia censitica simplicia, sive revocabilia, & hereditaria, sive perpetua. Ipseque porro census aut fructibus erat proportionatus, aut non. Id si fiebat, prædium sigillatim vocabatur lassiticum, ejusque usus plerumque ad certum usque & determinatum tempus concedebatur, nec a prædio conducto multum differt. Census vero, qui proportionem cum fructibus non habebat, in prædiis locum sibi vindicabat, quorum usum dominus absque temporis mentio-

p. 2.

*p.* 2. *c.* 39. §. *So viel nun. ubi* CARPZOV. *def.* 8. & tranſlato dominio directo in poſſeſſorem, contractus habetur cenſiticus, licet expreſſis verbis facta fuerit mentio emphyteuſeos. CARPZOV. *ibid. def.* 9.

XVII. SUPERFICIES ſeu jus ſuperficiei *p* (Germ. *Grund- oder Platzrecht*) eſt jus, ædificium in fundo vel ſolo alterius, ſuo ſumtu habendi. *l.* 2. *ff. de ſuperf. l.* 18. §. 4. *ff. de damn. infect.*

XVIII. CONSTITUIT hoc jus ſoli dominus alteri, qui ſuperficiarius dicitur. *l.* 1. §. 4. *ff. de ſuperfic. l.* 73. *l.* 74. *de R. V.* & quaſi inquilinus eſt *l.* 3. §. *pen. ff. de nov. oper. nunc.*

XIX. CONSTITUITUR hoc jus in ſolo, in quo ſuperficiariæ ædes ponuntur. *l. ult. ff. de ſuperf.* Nimirum ſuperficiem Juris Conſulti vocant, quicquid ſuper ſo-

ne concedere ſolebat. Iſque tam varia ratione prædiis impoſitus eſt, ut innumera prædiorum cenſiticorum diverſiſſimæ naturæ enata ſit multitudo. Conf. ZIEGLER. *de prædiis cenſitic. rural. lib.* & add. LUDWIGII *Jus Clientel. in Germ.* In hoc autem omnia iſta prædia olim convenere, quod cenſita præter jus utendi fruendi nihil juris in iis conſequeretur. Peculiaris tamen uſusfructus Germanici natura, quem de proprietate aliquid ſibi vindicaſſe, & dominio, quod utile vocant, fere ſimilem fuiſſe, alibi dixi, poſt temporum intervalla effecit, ut Doctores Juris Romani, patriarum rerum incurioſi, ea, quæ de Emphyteuſi Romana diſpoſita ſunt, ad prædia Germanorum cenſitica applicarent, horumque naturam plane ſingularem ita obſcurarent, ut vix amplius ab Emphyteuſi poſſint diſtingui. Quod argumentum ipſe latius proſecutus ſum in *Introduct. ad Jus Saxon. P. III. Sect. II. Ex. III.* per tot.

*p*) UT clarior fiat indoles ſuperficiei, ejusque ab Emphyteuſi differentia, cum leges alias eandem poteſtatem, easdemque actiones ſuperficiario ac emphyteutæ attribuant *L. XVI.* §. *ult. D. de pignorat. action.* etiam contra ipſum dominum *L. I.* §. *I. ſi ager vectigal.* juncta *L. I.* §. *IV. D. de ſuperficieb.* definitionem ſuperficiei rectius ita formabis, quod ſit dominium utile competens in eo, quod fundo alieno inædificatum vel impoſitum eſt. Nam inde apparet, dominium hic ita eſſe diviſum, ut dominus ſoli plenum retineat dominium in ipſo ſolo, nec in hoc ſuperficiario ullum competat jus, niſi quatenus ſuperficiarius ſolo ad ſuperficiem habendam indiget. Neque enim jus in ſolum ſuperficiario ſimpliciter concedere, neque abſolute denegare poſſumus. Cum eo in caſu non poſſet conſequens eſſe, quin ſuperficiario jus eſſet omnia emolumenta ex fundo percipiendi, quod tamen nemo ſerio affirmabit, hoc autem in caſu ſuperficies ipſa inutilis futura eſſet. Certe qui in ſolo ſuo aliquid ædificari, vel illi aliquid imponi permittit, permittit ſimul fodere, infigere, planare, fundamentum ponere, idque indoli negotii competit. Cæterum, qui ſuperficiem concedit, jus ſolum concedit, omnia emolumenta ex eo, quod ſolo inædificatum vel impoſitum eſt, percipiendi, eoque utendi eo fine, ut ſuperficiem habere poſſit, ſibi vero proprietatem cum ſpe conſolidationis extincta ſuperficie conſervat. Inde vero puto evidens ſimul eſſe, quod ſuperficiario omnia liceant in ſuperficie, quodque jure ſuo de illa, irrequiſito domini directi conſenſu, diſponere poſſit, modo caveat, ne ipſum jus domini, quod in ſolo ſibi retinuit, intervertat. Certe *L. I.* §. *VII. de ſuperficieb.* ſuperficiem tradi, legari, donari permittit. Nec enim hic domini ſoli quicquam intereſt cum nihiloſecius illæſum maneat jus, poſt ſuperficiei interitum ſolum ſibi ſoli vindicandi. Quo vero domino ſoli eo facilius jus ſuum conſervent, ſolent illi pactis efficere, ut ſuperficiarius certum exſolvat ſolarium, *Grund-Boden-Zinſs*, quod per ſe ſuperficiei non ineſt. HERTIUS *de jure ſuperficiei Sect. II.* §. *V.* Inde vero ulterius conſequitur, quod ſuperficiarius, ſive ſuperficiem abſque conſenſu domini alienet, ſive exſolutionem ſolarii omittat, actionem privatoriam timere non debeat. Ut ſic dubium non ſit, quin ſuperficies ab emphyteuſi quam maxime differat. Dominus enim directus ſuperficiei actione privatoria non utitur, jus protimiſeos, quando ſuperficies alienatur, non exercet. Dominus vero ſuperficiei utilis jus ſolum habet utendi fruendi fundo, quatenus abſque eo ſuperficies eſſe nequit. Quæ omnia in emphyteuſi ſecus eſſe, ex ſupra dictis clare elucet.

lum seu super faciem terræ est, ut parietes, tecta; *l. 44. §. 1. ff. de O. & A. l. 23. pr. de usurp. l. 86. §. f. ff. de legat.* 1. arbores, vineæ, plantæ. *l. 13. pr. ff. de S. R. P.* Spectat vero hic superficies ad prædia urbana seu ædificia. *l. 2. de superfic.* FRANTZK. *de laudem. cap. 13. num. 3. & 5.*

XX. CONSTITUITUR hoc jus vel mediante venditione, vel conductione [q], certo scilicet promisso salario, domino pendendo, *l. 2. §. 17. ff. ne quid in loc. publ. l. 15. ff. qui pot. in pign. l. 39. §. 5. ff. de legat. 1. l. 7. §. 2. vers. hactenus ff. de usufruct.* vel gratuita concessione: quando nimirum hujusmodi modis intervenientibus solum traditur ita, ut ædificium in eo exstruere sui commodi causa, vel ædes jam exstructas, suis sumtibus conservandas, vel etiam reparandas, inhabitare instar domini ad longius tempus liceat. *dd. text.*

XXI. COMPETIT itaque superficiario jus dominio simile, ratione cujus superficie in solo illo pro arbitrio quis uti frui, servitutem isti imponere, *l. 1. §. ult. de superfic. arg. l. 1. pr. ff. q. m. usufr. amit.* eamque alienare potest *l. 1. §. 7. ff. de superfic.* MENOCH. *de retin. poss. remed. 4.* RENNEM. *Jurisprud. membr. 2. th. 8. lit. C.*

XXII. JUS hoc extingui existimant sublato per incendium aut ruinam ædificio: argumento ducto ab usufructu. *l. 34. in fin. de usufr.* BALD. *ad rubr. de superfic.* JASON. *ad l. in provinciali 3. §. si ego 3. de oper. nov. nunc.* ALPHAR. VALASC. *de jur. emphyt. quæst. 33. n. 4.* Verum cum non ususfructus, sed dominium quoddam ipsum solum afficiens, sit hic translatum, asserere non dubito [r], quod ob solum interitum ædium non amittatur hoc jus, sed potius superficiario liceat alias in solo exstruere ædes. Conf. CHRISTIN. *ad consuet. Mechlin. tit. 14. art. 45. n 4.*

q) DE hac opinione valde dubito, quod fundamentum habeat, & locatione conductione jus superficiei eo effectu constitui posse, ut superficiarius dominium utile habeat, persuadere mihi vix possum. Locationem enim dominium haud mutare, & indoli hujus contractus convenit, & ex *L. XXXIX. D. Locati* aperte constat. Et quamvis superficiario, qui superficiem ad non modicum tempus conduxit, quasi in rem actionem, sive interdictum uti possidetis, prætor polliceatur contra tertium, qui prohibet, ne quis superficie utatur. *L. I. §. I. in fin. & §. III. de superfic.* hoc tamen non ea intentione fit, tanquam Prætor superficiario simul dominium concedere vellet, cum clare potius in *L. II. Eod.* fateatur, conductorem in ædibus superficiariis proprietatem non consequi, sed sublevare solum voluit conductorem, ne actiones sibi a domino cedi curaret amplius. Quapropter nec opus esse distinctione existimo, inter superficiem expresse & tacite per locationem constitutam, ea intentione excogitata, ut non in illo, bene tamen hoc in casu dominium utile in superficiarium transferet, de qua vid. SCHLEVOGTII *Diss. de solario & superficie præstando §. XI.* Hoc enim fatentur omnes, superficiarium nunquam dominio utili frui, nisi dominus fundi jus ædificandi de suo disertis verbis concedat. Quod, si fit, quid opus fingere tacitam locationem?

r) EGO vero causam adesse puto, cur priorem sententiam magis veram & naturæ negotii conformem credamus. Non quidem ob argumentum ab usufructu petitum. Nam utut superficies vocari consueverit servitus, id tamen fit eo solum sensu, quod omne id servitutem nominamus, quod nobis molestum est, HERTIUS *allegat. Dissert. Sect. I. §. XIV.* Et præterea superficiario plus juris competere, quam usufructuario, per se patet. Sed ex ea maxime ratione, quia opinio Auctoris domini directi spem consolidationis intervertit, eaque facultate superficiario concessa, ut, extincta priori superficie, novam fundo imponere posset, inutile futurum esset jus soli, quod dominus sibi reservavit. Nec rationem diversitatis sufficientem video, cur melior hic sit superficiarii, quam emphyteutæ conditio, cujus jus interitu rei, in quam Emphyteusis constituta est, expirare supra diximus. Eo

XXIII. RESTAT species dominii utilis, *jus feudi* [t] dicta, quæ peculiaribus plane constat juribus, ideoque singulari tractatione venit exponenda. Vid. SYNTAGM. NOSTR. FEUDAL.

# TITULUS XIII. DE ACTIONE EX DOMINIO SINGULARI FLUENTE SEU REI VINDICATIONE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Jus in rem persequimur actione in rem sive vindicatione, quæ describitur.* II. *Rei vindicatione descriptio.* L. 6. ff. t. 1. de rei vindicatione. III. *Fundamentum: & cui detur.* IV. *Contra quem.* V. *Praeterea & actio in factum datur contra ementem rem furtivam.* VI. *Res petitur certa, cum accessionibus & fructibus.* VII. *Res salva restituenda.* VIII. *Deducuntur tamen impensæ.* IX. *Compensanda tamen sunt impensæ cum fructibus.* X. *Pretium, pro re vindicata solutum, non potest repetere possessor.* XI. *Ratione dominii directi etiam competit rei vindicatio* L. 6. t. 3. ff. si ager vectig. XII. *Et ratione utilis rei vindicatio emphyteuticaria.* XIII. *Similiter datur domino superficiei rei vindicatio.* XIV. *Superficiario vero rei vindicatio superficiaria.* XV. *Ex dominio rerum incorporalium oritur actio confessoria.* XVI. *Ex præsumto dominio oritur actio publiciana.* L 6. ff. t. 12. de publiciana in rem actione. XVII. *cum rei vindicatione cumulanda.* XVIII. *Mala fides superveniens non obest huic actioni.* XIX. *Non datur contra verum dominum.* XX. *E contrario res stricto jure amissa per actionem rescissoriam revocatur.*

I. JUS in re persequimur in judicio (conf. *L.* 1. *Tit. XV. aphor.* 1. *&* 2.) actione in rem seu vindicatione [r], per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & adversus eum datur, qui rem possidet *l.* 25. *pr. ff. de O. & A.* Uti vero jura in rem sunt diversa: ita etiam actiones in rem seu vindicationes sunt diversæ.

firmiori itaque fundamento innititur argumentum, ab Emphyteusi ad superficiem deductum, quo certius est, hanc argumentandi rationem in legibus, quas supra allegavimus, approbatam esse. Quare, quousque ex legibus vel natura negotii diversitas utriusque negotii demonstrari nequit, idem juris in utroque esse, firmiter concludo.

*t*) QUOD consistit in dominio utili rei cujusdam, sub lege fidelitatis, & præstandorum servitiorum concessæ. Causa prima, quæ, rem suam alteri sub ea conditione concedere, suasit, hæc fuit, ne deessent, qui domini directi vitam, jura, & existimationem, & possessiones armis etiam, si id videretur necesse, defenderent. Omnisque ideo concessio feudi olim ad militaria maxime servitia respexit. Postea vero idem illud negotium ad alia servitiorum genera traxerunt contrahentes, ita tamen, ut eorum intuitu possessor fidelitatem specialem promitteret. Quo factum est, ut qualitatibus illis præditus esse deberet Vasallus, quas servitii genus promissum efflagitaret. Ut sic differentia specifica feudi & Emphyteuseos in eo solo fere posita sit, quod nexus feudalis ad præstanda servitia & fidem singularem, emphyteuticus vero ad legem meliorationis & exsolvendum canonem obliget. Sed negotium feudale adeo late patet, ut peculiarem Jurisprudentiæ partem constituat, a Jurisprudentia civili sollicite distinguendam.

*r*) HOC generale nomen est, omnibus actionibus realibus applicatum, §. *XV. J. de action* & ab antiquo modo procedendi apud Romanos in judicio desumtum. Actione enim reali instituta, pugna quædam fictitia seu imaginaria inter litigantes intercedebat, id quod manum conserere, vel vindicias facere, vocabant Romani. Vel si mavis, ideo vindicationes nominare consueverant Romani actiones reales, quia ipsum judicium reale antecedere debebat lis de vindiciis, ut constaret, cujus esse deberent vindiciæ, id est, quem possidere, quem petere oporteret, ceu rem accurate more suo explicat HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib. IV. Tit. VI.* § *XXIV.* Et hinc videmus, ipsam actionem quoque confessoriam, ex jure servitutis oriundam, vindicationibus annumeratam esse, cum

II. Ex dominio singulari rerum corporalium oritur rei vindicatio, quæ est actio in rem, qua quis contra possessorem rei corporalis istam rem suam esse intendit. §. 1. *in f. I. de act.* vel: Est actio ex dominio competens [w], qua dominus adversus possessorem rei corporalis [x] contendit, ut ipse dominus declaretur, & consequenter res cum omni causa restituatur *l. 9. ff. de R. V.*

III. FUNDAMENTUM itaque hujus actionis est dominium: & datur domino *l. 23. pr. ff. de R. V.* cui incumbit istud fundamentum, seu dominium probare [y]. *l. 9. verb. probari rem meam esse. ff. de R. V.*

IV. DATUR contra possessorem [z] rei corporalis *l. 36. pr. l. f. ff. de R. V. l. 25. pr. ff. de O. & A.* Habetur vero etiam ex interpretatione juris pro possessore, & utili

& hic vindiciis opus esset, vid. *Rubric. tit. Digest. si servitus vindicetur.* Plane aliter concipiendæ erant actionum personalium formulæ. His enim institutis actor & reus invicem dicebant, alter ajebat, alter negabat, & postea sponsione sese provocabant, accedente verborum solenni conceptione & formularum cantilena. Quare generale nomen condictionum his actionibus fuit tributum. Vide EUNDEM *D. tit. § XXXI.* Nos his tricis non indigemus, sed hoc potius inter reales & personales actiones novimus intercedere discrimen, quod illæ ob rem, quæ jam nostra est, contra quemvis possessorem, eo effectu instituantur, ut jus nostrum reale judex salvum, atque ideo nos dominos, heredes declaret, remque ipsam ad nos cum exclusione aliorum pertinere, ideoque ejus possessorem eandem nobis cum omni causa restituere debere, sententiam dicat, hæ vero, nempe personales, ob rem, quæ nostra nondum est, sed vi antecedentis promissi demum nostram fieri cupimus, contra eum competant, qui promittendo ad rei præstationem sese obligavit.

w) ET quidem qualicunque sive plenum, sive minus plenum, sive revocabile, sive irrevocabile sit. Hoc enim essentiam dominii ingredi, ut dominus uti possit rei vindicatione, alibi jam diximus. Ut tamen dominium in actu sit, neve dominus ejus exercitium ad tempus in alium transtulerit, necesse est. Nam qui dominium naturale solum habet v. c. uxor in dote, durante matrimonio, liberi in bonis adventitiis durante patria potestate, rei vindicationem non exercet. *§. XXIX. J. de Rer. divis.*

x) QUOD non eo sensu dicitur, tanquam ob res incorporales sive jura nulla actio in rem sit comparata, sed eo solum fine, ut, quemadmodum rerum incorporalium non verum, sed quasi est dominium, ita earum quoque non vera, sed quasi sit vindicatio. Nam & servitutes vindicari posse, supra diximus.

y) UBI non sufficit probare possessionem. Sed hæc jus aliquod temporarium contra dominum solum spondet. Quando vero incidenter non principaliter de dominio controvertitur, qui possessionem justam probavit, dominium probasse censetur. Nec sufficit probare justum titulum & bonam fidem, cum res in possidentem possit etiam transferri a non domino, qui, cum ipse dominium non habet, præter conditionem usucapiendi quid amplius in possessorem transferre nequit. Reliqua vero usucapionis requisita, si adsint, dominium inde sufficienter probatur. Nisi itaque quis usucapionem docere possit, vel lex possessorem statim post rei acquisitionem dominum verum & plenum declaret; quod fit in iis, qui e fisco emerunt *§. ult. J. de usucap.* vel nisi vi juris singularis statutum sit, ut res ex alicujus pecunia emte in locum pecuniæ succedat; ejusque dominium dominus pecuniæ acquirat, quale quid in universitatibus rerum, & quibusdam singularibus, v. c. in re, e tutore, pecunia pupillari emta, locum habere diximus; opus omnino est, ut, qui se dominum esse prætendit, dominium auctoris sui probet *L. XX. D. de acquir. rer. domin.* Quam probationem tamen merito diabolicam dixeris, eoque nomine beneficium Prætoris Romani grata mente recoles, qui per fictionem eum, qui bona fide & justo titulo possidet, tamdiu pro domino habet, donec possessor rei firmius jus deduxerit, qua de re infra videbimus.

z) ET quidem qualemcunque, qui tenet rem, eandemque restituendi facultatem habet *L. IX. D. de Rei vindic.* etiamsi naturalis sit, & cum animo rem sibi habendi non possideat, modo tamen litem cum vindicante super ipsa re suscipiat. Potest enim actionem evitare per exceptionem nominationis sive laudationis, qua de-

rei vindicatione convenitur 1.) qui ante litem contestatam dolo desiit possidere. *l.* 27. §. 3. *ff. de R. V.* add. *l.* 52. *eod.* 2.) qui liti se obtulit, modo actor ignoret, eum non possidere, *l.* 25. *eod.*

V. PRAETEREA ex æquitate datur hæc actio sive potius actio in factum [a] contra eum, qui rem furtivam bona fide comparavit, & alienavit, & quidem solum ad id, quod is ex ista venditione lucratus est, seu quod ultra pretium, quod ipse exsolvit, consecutus est. Sin vero sciens rem esse furtivam comparaverit, eamque postea alienaverit, ad verum rei pretium restituendum, una cum interesse tenetur. vid. DEC. EL. NOV. 87. item CARPZOV. *p.* 2. *Pr. Crim. q.* 87. *n.* 71. *seq*

VI. RES, quæ hac actione petitur, certum aliquod corpus esse debet, & certa species, ideoque designanda & describenda in libello [b]. *l.* 6. *ff. de R. V.* Petitur etiam simul omne id, quod vel rei petitæ accessit, ut per alluvionem, *l.* 34. *ff. de R. V.* vel propter rem petitam possessor habet, vid. *l.* 20. *eod.* vel ex re ipsa provenit, ut fructus [c]. Et quidem bonæ fidei possessor fructus ante litem contestatam perceptos extan-

clarat, se rem non suo, sed alieno nomine, possidere, ante Litis Contestat. oppositam. *L. II. C. ubi in rem agi.* Liti vero, quando se semel obtulit, necessitatem, eam usque ad finem continuandi, & domino rem restituendi, in se transfert. Fictus enim dicitur possessor, eandemque obligationem, quam verus possessor, agnoscere debet. Nec alia ratione verus & fictus possessor ab invicem differunt, nisi quod contra eum, qui dolo desiit possidere (nam & hunc fictum esse possessorem, ex Auctore constat) juretur in litem *L. LXVIII. de Rei vindic.* Ex moribus tamen quarundam provinciarum possessor tertius indistincte dominum supervenientem & vindicantem repellere, huncque ad eum ablegare potest, cui prius rem titulo ad transferendum dominium non habili concesserat, ut cum eo agat. Indeque enatum est proverbium, *Hand muss Hand wahren*, de quo confer STRYCK. *in us. Mod. tit. de Rei vindic.* §. *IX sqq* HERTIUM *de Paroem. Jur. Lib I. paroem. XVIII.*

*a*) HABENT quidem actiones in factum varias significationes. Vel enim denotant actiones, quæ certo nomine demonstrari nequeunt, sed in factum ipsum, & secundum id, quod actum est, concipiuntur, & huc pertinent actiones præscriptis verbis, quæ ex contractibus innominatis proveniunt. Vel denotant actiones utiles, quæ non ex verbis legum, sed ex mente potius legislatoris, per interpretationem extensivam ob paritatem rationis eliciuntur. Vel denotant actiones, quæ ex sola æquitate ob defectum aliarum actionum præter mentem legislatoris in subsidium introductæ sunt. Facile vero patet, posteriorem significatum hujus loci esse, cum actio in factum contradistinguatur actioni utili & directæ. Hujus diversæ denominationis rationem vero mirum in modum illustrat *§. ult. J. ad L. Aquil.* Inde enim apparet, directas actiones ex ipsis legum verbis fluere, utiles, quatenus actionibus in factum contradistinguuntur, non ex verbis, sed ex ratione legis derivari, actiones denique in factum in sensu generali sumtas neque ex verbis neque ex ratione legis provenire, sed ex æquitate esse introductas.

*b*) QUAM necessitatem ipsa actionis indoles imponit, cum per se pateat, eam felicem vix posse habere exitum, nisi judici exponatur, quodnam sit objectum litis, & qua in re actor dominium sibi asserat. Descriptione enim omissa, non possunt non, finito jam processu, de re in judicium deducta novæ exoriri lites. Ipsa vero hæc ratio adeo late patet, ut in oculos statim incurrat, actorem, quocunque etiam judicio experiatur, sive reale, sive personale illud sit, nunquam secure descriptionem & designationem objecti litis omittere posse. Ut sic merito ex allegata *L. VI. D. de Rei vindic.* regula generalis formanda sit, in quavis actione actorem de eo esse debere sollicitum, ut de subjecto litis specifice constet, nec generaliter petat, nisi natura rei vel lex generale petitum admittat. Nam v. c. in universalibus, puta hereditatis, peculii, dotis vindicatione generaliter petiisse sufficit: Imo & in singularibus incertæ partis vindicatio locum habet, si certa pars demonstrari nequeat, v. c. in judicio communi dividundo.

*c*) MODO tamen actor fructus perce-

res solum restituit, ratione consumtorum vero tenetur juxta usum receptum, in quantum ex iis locupletior est factus. CARPZ *p.* 2. *C.* 32. *d.* 28. At malæ fidei possessor omnes omnino fructus, non modo perceptos, sed & eos, quos percipere potuisset, restituere tenetur. CARPZ. *d. l. def* 30. Similiter etiam bonæ fidei possessor post litem contestatam, perinde ut malæ fidei possessor, fructus omnes restituere tenetur. CARPZ. *d. l. def. ult. & 1. Resp.* 39. add. *& Resp.* 79. *ejusd. l.* 1.

VII. SI deterior res apud possessorem sit facta, ejus quoque rationem judex habere debet *l.* 13. *& seqq. ff. de R. V.*

VIII. DEDUCIT tamen reus conventus, sive in bona sive in mala fide fuerit, impensas [d], quæ fructuum gratia fiunt. *l.* 46. *ff. de usur.* Exceptio est in furibus, *l.* 27.

ptos in specie periit. Nam de non petitis judicem, qui sententia sua actorem dominum declarat, non debere esse sollicitum, colligunt ex *L. XXV. §. VIII. de ædilit. Edict.* Tanti enim Praxis non habet monitum Legislatorum, vi cujus judex, quæ desunt advocatis, supplere, eosque in rectam viam deducere debet, *tot. tit. C. ut, quæ desint advocat.* ut locum illi relinquat, sed ea, quæ officio judicis pedanei, quem hodie tamen non habemus, conveniebant, hodie etiam recte applicari credit. Quam Praxeos cum analogia juris pugnam alii dum vident, alia via incedendum, atque petitori, qui de fructibus non cogitavit, quemque ideo judex in rectam viam ex officio non deduxit, post rem judicatam, separatam fructuum causa concedendam esse actionem existimant BRUNNEM. ad *L. IV. C. Deposit. n.* 4. Verum hi nimis liberales sunt, & auctoritatem rei judicatæ evertunt. Quapropter optime sibi consulet actor, qui, dum fructus in sententia esse omissos, videt, remedio suspensivo utitur. Vid. CARPZOVIUM *Lib. II. Resp. LXXIX.* BERGER. *Oec. Jur. p.* 193. *not.* 9. De reliquo, quod restitutionem fructuum attinet, confer ea, quæ supra diximus ad *L. II. Tit. I. §. LIV. & Tit. IX. §. XXIX.*

*d*) ARGUMENTUM hoc de restituendis impensis, cum sæpius occurrat, terminos hoc loco explicare ab instituto haud esse alienum existimo. Ut vero perpetua inter bonæ, & malæ fidei possessorem servanda est differentia, ita præmonere juvat, bonæ fidei possessorem eum dici, qui rem a non domino accipit, ignorans, rem alienam esse, sicque in justa opinione, se rei dominium acquirere, est constitutus. Malæ autem fidei possessor, ut & prædo, qui rem alienam scientes invadunt, & utrique & dolus, & culpa imputari potest, quod in re aliquid temere suscipiant, quam tamen alienam esse intelligebant; cum e contrario bonæ fidei possessori nihil imputari possit. Non tamen in omnibus prædo & malæ fidei possessor coincidunt. Prædo enim nunquam titulum habet, sed vi vel fortim rem alienam sciens invadit. Malæ autem fidei possessor titulum etiam habere potest, quatenus rem a non domino sciens accipit & doli particeps fit. Ut sic constet, omnem quidem prædonem esse malæ fidei possessorem, non vero omnem malæ fidei possessorem prædonem. Inter utrumque etiam multum interesse, si restitutionem fructuum & impensarum spectes, partim ex iis, quæ habet Autor, partim ex argumento de hereditatis petitione, de quo suo loco, abunde constat. Quod autem ad impensas attinet in rem alienam factas, distinguendæ prius veniunt illæ, quæ fructuum percipiendorum causa fiunt, ab iis, quæ in rem ipsam fiunt. Illæ, ut cum fructibus compensentur, naturale est, cum ratio dictitet, ut eum sequantur incommoda, qui habet commodum. Ejusmodi impensas itaque dominus nunquam restituit, nisi quatenus ex fructibus aliquid ad eum pervenit, servato tamen inter malæ fidei possessorem & prædonem discrimine, quod Autor suppeditat. Has e contrario impensas vel necessarias esse, vel utiles, vel voluptuarias, constat. Istæ rem conservant & ab interitu vindicant. Indeque fit, ut domino obligatio imponatur eas restituendi, cum & ipse eas impendere debuisset, si rem habuisset. Illæ rem meliorem & ad usum magis habilem efficiunt. Et eas bonæ quidem fidei possessor repetit, modo tamen res ipsa domino vindicanti restituenda melior adhuc extet, nec bonæ fidei possessor jam impensas ex fructibus perceptis iterum lucratus sit, ceu claræ *L. XLVIII. L. LXXV. de Rei vindic. & L. XVI. C. de evict.* verba docent. Hæ denique, nempe voluptuariæ, ad delectationem spectant, nec rei utilitatem afferunt, aut eam

§. 25. *ff. ad L. Aquil.* Cæteras in ipsam rem factas impensas quod attinet, necessarias & bonæ & malæ fidei possessor deducit, dum rem possidet, h. e. opposita doli exceptione tamdiu retinet, donec de impensis ei satisfiat. *l. 5. C. de R. V.* Exceptis itidem furibus, raptoribus & violentis invasoribus *l. 1. C. de infant. expos. l. 13. & fin. de condict. furt.* Utiles porro impensas bonæ fidei possessor etiam deducit, h. e. tam diu retinet, usque dum ipsi satisfactum. §. 32. *& 33. J. de R. D.* add. tamen *l. 30. & 38. it. l. 27.* §. 5. *ff. de R. V.* Ast malæ fidei possessor, hoc judicio conventus, utiles impensas tantum potest tollere, *d. §. 31. J. de R. D. & l. 5. C. h.* Ex æquitate tamen hodie etiam malæ fidei possessori jus deducendi impensas utiles aliquando conceditur. Præterea etiam bonæ fidei possessori, juxta mores receptos, datur actio ad repetendas impensas necessarias & utiles, licet rem non amplius possideat. Voluptuarias denique impensas tollere tantum potest tam malæ fidei quam bonæ fidei possessor, modo sine detrimento rei auferre possit. Vid. *d. l. 38. ff. de R. V. l. 9. ff de impens. in rem dot. fact. l. 5. C. de R. V.*

IX. SCIENDUM vero est, quod tum demum bonæ fidei possessor sumtus, in rem alienam factos, petere possit, si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; instituta enim inter impensas & fructus perceptos, usque ad concurrentem summam, seu quantitatem, compensatione, superfluum sumtuum, quo melior res est, restituere dominus tenetur. *l. 48. ff. de R. V.* Vid. latius JOH. A SANDE *lib. 3. Decis. Fris. tit. 15. d. 2. 3. & 4.*

X. CAETERUM pretium, quod possessor pro re vindicata solvit, non potest repeti a domino, licet illam rem bona fide compararit. *l. 2. C. de furt.* & quamvis in publico foro emerit. vid. FRANZK. *resol. 9. n. 61.* Nec juvabit eum, quod protestatus fuerit [e], se eo animo emere, ut domino inquirenti restitueret, quia scilicet per ejusmodi protestationes non potest tolli jus domino competens *l. 11. ff. de R. I.* RICHT. *Decis. 96. num. 50. & seqq.* nisi 1.) res alias peritura emendo servata fuerit, vel 2.) ab hostibus redempta *l. 6. ff. de capt. & postlim. & redemt.* vid. *dd. Aut.* Præterea jure Electorali Saxonico novissimo constitutum est, ut is etiam possit repetere pretium, qui judicialiter protestatus est de re, v. g. a militibus emta, domino repetenti restituenda, *dec. 90.* add. CARPZ *p. 4. C. 39. d. 5. 6. & 7.*

XI. QUEMADMODUM vero dominium vel plenum est, vel minus plenum seu jus dominio proximum, ita quoque competit rei vindicatio non solum ei, qui plenum dominium habet [f], sed etiam similis actio in rem, qua dominus directus rem, in em-

meliorem efficiunt. In natura itaque eas tollere lex permittit solum, quando res inde aliquid detrimenti non capit, salvo tamen jure offerendi, domino vindicanti competente, ut tantum solvat possessori, quantum habiturus est his rebus ablatis *L. XXXVIII. de Rei vindic.*

*e*) PROTESTATIO enim jus protestantis solum conservat, novum jus non tribuit. In casibus vero ab Autore allegatis, excepta Saxonia Electorali, protestatione nequidem opus est, sed qui bona fide emit, cum non in propriam utilitatem emat, sed in utilitatem ipsius domini, cujus res alias sine dubio peritura fuisset, negotia domini gessisse videtur, eoque nomine dominum ad restitutionem ejus, quod impendit, obligat. Hoc tamen addam, necesse est, vi privilegii nonnunquam Judæis concessum esse, ut res ab aliis emtas bona fide non nisi accepto pretio restituant. Præterea etiam dominus, qui, ut rem recuperaret, præmium proposuit, ex pacto obligatus est, ut μηνυτρον exsolvat.

*f*) NIL interesse, sive quis plenum, sive minus plenum dominium habeat, ut actione rei vindicatoriæ utatur, inde jam constat, quod ef-

phyteusin concessam alteri, istam tum a tertio possessore, tum quoque ab ipso emphyteuta, canonem non solvente, vindicare potest *arg. l. 1. & 2. ff. si ager vectigal.*

XII. COMPETIT vero etiam emphyteutæ actio in rem seu rei vindicatio emphyteuticaria adversus quemvis possessorem, ut res restituatur cum fructibus *l. 1. §. 1. & tot. tit. ff. si ager vectig. i. e. emphyteuticarius pet.*

XIII. SIMILITER domino soli datur rei vindicatio ratione dominii superioris, quod retinet in solo, in quo alteri superficiem concessit; etiam contra superficiarium, si solarium, in recognitionem dominii promissum, per aliquot annos non solvat *arg. l. 1. & 2. ff. si ager vectig.* & actio in rem ei, cui superficies concessa, *l. 1. §. 2. 4. & 6. ff. de superfic.* add. *l. 1. §. 1. si ager vectig. l. 75. ff. de R. V.* unde & publiciana ipsi accommodatur. *l. 12. §. 3. de public.*

XIV. ITEM superficiario competit rei vindicatio superficiaria, qua superficiem, vel etiam solum ratione superficii, a quovis possessore petit.

XV. Ex dominio rerum incorporalium, nimirum servitutum, oritur actio confessoria seu vindicatio servitutum: cui opponitur negatoria seu negativa actio: de utraque jam supra diximus *lib. 2. tit. 6.*

XVI. QUONIAM vero sæpius accidit, quod quis dominium rei seu juris, bona fide acquisiti, exacte probare non possit, ideo ex æquitate *g* peculiaris actio ex quasi seu præsumto dominio oriens est introducta, & vocatur publiciana actio in rem: quæ competit ei, qui a non domino, bona fide & justo titulo, rem vel jus aliquod ac-

sentia dominii absolvitur facultate rem vindicandi. Nec ideo dominus directus solum contra dominum utilem, sed & hic contra dominum directum recte experietur. Et de Emphyteuta quidem & superficiario Autor non dubitat, nec dubitare potest, cum clara extent leges in *L. I. in fin. D. si ager vectigal. L. I. §. IV. D. de superficieb.* Hoc autem mirum est, quando Autor in *Syntagm. Jur. Feud. cap. VIII. §. IX.* Vasallo contra dominum directum actionem deneget. Nam & vasallum dominum esse feudi nemo negat, & dominum directum, dum per investituram jus reale in Vasallum transfert, se ipsum obligare, quod turbare nolit limites dominii utilis, res ipsa docet. Quare dubio procul idem juris esse debet in feudo, ac in Emphyteusi & superficie. add. FINCKELTHAUS. *Disp. Feud. VII. cap. III.* ITTERUM *de feud. Imper. cap. IX. §. XLVIII.* SCHILTER. *Jur. feud. Alemann. cap. IV. §. I.*

*g*) FUNDAMENTUM hujus actionis ex fictione quadam Prætoris dependet, qua æque ac aliis arcanis utebatur ad destruendam juris Civilis efficaciam, quam aperte tollere non poterat. Est autem fictio, ut TITIUS eam definit in *Jur. Privat. Lib. I cap. IX. §. III.* assumtio falsi pro vero, scienter & aperte facta, mediante qua, ultro aliqua legis dispositio proponitur. Ejusque effectus in jure is est, ut tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Quemadmodum vero triplex fictio in Jurisprudentia Romana occurrit, affirmativa, qua fingitur, aliquid esse, quod re ipsa non est, negativa, qua fingitur, aliquid non esse, quod tamen est, translativa denique, qua fingitur aliquid alio modo esse, quam quo est, ita singillatim Prætor triplicem hanc fictionem ad argumentum de dominio applicavit, ut veritatem destrueret, iisque, quos hæc veritas incommodo & damno afficiebat, succurreret. Primo enim cum illi, qui dominium rei acquisiverat, lex rei vindicationem denegaret, nisi ipse usucepisset rem, vel auctorem suum dominum fuisse, demonstrare posset, Prætor, cui hoc iniquum videbatur, quando bonæ fidei possessori res esset cum alio, qui tam firmo jure non possideret, affirmativa fictione succurrebat, tanquam rem usucepisset, utut possessionem ejus per tempus lege definitum non habuisset. Modo itaque haberet dominium putativum, & possessio ejus munita esset requisitis usucapionis, utut tempus non accessisset, Prætor illi actionem concedebat contra quemvis infirmiori jure possidentem. Hoc ipso itaque difficilem illam probationem dominii evitabat dominus vindicans, dum

cepit,

cepit, & ita per aliquod tempus possedit, contra possessorem [b], qua intendit rem vel jus, perinde ac si usucepisset, suum esse, sibique proinde restituendum una cum interesse, seu fructibus. §. 4. *I. de action. l.* 1. *l. ult. ff. de publ. in rem act.*

XVII. Hanc actionem eodem libello cum rei vindicatione cumulari, atque alternatim proponi, i. e. rem jure dominii vel quasi peti, usu receptum est hunc in finem, ut, si quis forte dominium autoris sui non possit satis probare, sufficiat probasse aliquam rem seu jus bona fide ac justo titulo acquisivisse, & usucapione quidem nondum impleta, in usucapiendi tamen conditione positum esse.

XVIII. Caeterum non requiritur etiam jure canonico, quod mala fides non supervenerit [i], quia scilicet prior possessor firmius jus habet prae posteriori possessore, *l. ult. in f.* juncta *l.* 7. §. 6. *&* 7. *ff. de publ. in rem action.*

XIX. Patet ex dictis, quod contra verum dominum non detur haec actio, quia ejus dominium demum per completam usucapionem intervertitur *l. ult. d. t.*

XX. E contrario etiam datur ex aequitate actio rescissoria [k], qua usucapio stricto jure completa, absente tamen vero domino, rescinditur, & dominus, qui abfuit, ea perinde rem vel jus suum petit, vel persequitur, ac si usucapta res, vel jus, non esset. §. 5. *I. de action.*

## Titulus XIV. De Actione Ad Exhibendum.

### Summaria.

Aphor. I. *Actionis ad exhibendum descriptio.* L. 10. ff. t. 4. ad exhibendum. II. *Quae competit ob quodlibet interesse.* III. *Datur etiam interdictum ad exhibendas tabulas testamenti.*

sufficeret, ut fundamentum dominii poneret in praesumta usucapione. Confer. Bergeri *Diss. de maturanda dominii probatione per usucapionem.*

*b*) Eum nempe, qui infirmiori jure possidet. Sic cessat, si res sit cum possessore, qui pari jure possidet, quando v. c. rem a diverso vel eodem non domino bona fide & justo titulo accepit *L. IX. §. IV. de publ. in rem act. L. LXXII. de Rei vind.* Tritum enim est, in pari causa meliorem esse rationem possidentis. Multo magis itaque cessat, si bonae fidei possessor, qui nondum usucepit rem, cum domino concurrat *L. XVI. & XVII. D. de Publ. in rem action.* Nam firmius jus est domini, quam bonae fidei possessoris. Usucapione vero completa hic illum recte excludit Stryck. *de action. investig. Sect. III. membr. II. ax. I.*

*i*) Licet enim in *cap. fin. X. de praescript.* bona fides semper requiratur, id tamen intelligendum est de eo casu, quando quis verum dominum excludere cupit. Hic vero bonae fidei possessor non verum dominum, quippe cui cedere debet, sed infirmiori jure possidentem excludit, atque ideo exceptio de mala fide est de jure tertii.

*k*) Quae actio sese fundat in fictione Praetoris negativa, tanquam res, quae jure civili jam usucapta est, usucapta non sit. Tendit enim ad id, ut, rescissa usucapione, absens dominus declaretur, & res, ac sic usucapta non esset, restituatur. Ratio vero fingendi haec erat, quod absens agere non potuisset, & sic aequitati conveniret, ut non valenti agere non curreret praescriptio. Re ipsa tamen haec actio cum restitutione in integrum ex capite absentiae coincidit, & sic, ut usucapio iterum rescindatur, necesse est. Restat tertia actio realis Praetoria nempe Pauliana, quae datur creditoribus, ad revocanda bona in fraudem eorum a debitore alienata, eoque tendit, ut rescissa alienatione, perinde, ac si nunquam alienatio intercessisset, res restituatur. Fundamentum vero hujus actionis est fictio quaedam translativa, ac si res in fraudem creditorum alienata non in emtorem, sed in ipsos creditores esset translata.

I. AD commodius persequendam rei vindicationem sæpius conducit, ut res ante exhibeatur [l]. Datur igitur peculiaris actio ad exhibendum, quæ competit contra detinentem rem aliquam mobilem, aut immobilem, ei, cujus interest [m], rem exhiberi, ad id, ut in publicum proferatur [n], *l. 2. l. 3. §. 9. ff. ad exhib. §. 3. I. de officio jud.*

II. COMPETIT vero hæc actio non solum, si ratione juris in re seu dominii intersit *l. 9. §. 1. ad exhib.* sed etiam si ratione actionis in personam intersit, ut res exhibeatur, seu producatur. *l. 19. l. ult. ff. ad exhib. l. 27. ff. de furt.*

III. DATUR etiam interdictum ad exhibendas tabulas testamenti [o] seu codicillorum, vel etiam ad exhibenda instrumenta, ut scilicet detentores iis, quorum interest, istas tabulas, vel instrumenta inspicienda, vel etiam legenda exhibeant. vid. tit. *de tab. exhib.*

*l*) Differunt in jure vocabula edere & exhibere. Illud ad actiones & instrumenta, hoc ad omnes reliquas res pertinet. Illud significat in copia dare, hoc rem præsentem sistere. Illud fit ad litem quamcunque instruendam, hoc ad actionem maxime realem præparandam. Exinde itaque, quod exhibere rem præsentem in judicio sistere significet, respectu mobilium rerum solum actionem ad exhibendum locum habere autumant, cumprimis, quia, qui hac actione utitur, argumenta seu notas rei dicere debet *L. III. D. ad exhibendum*, quod immobilium intuitu fieri nequit. Verum leges notas rerum immobilium juste ignorari tolerant *d. L. III. §. VII. D. Eod.* & quamvis res immobilis proprie exhiberi, id est, occulta in loco judicii conspicienda dari nequeat THOMAS. *Not. ad Tit D. ad exhibend.* ad rem tamen immobilem ostendendam & actorem in rem præsentem ducendum, ne quis actione utatur, nil impedit. Nec alter habet, cur contradicat, cum omne fundamentum hujus actionis in eo sit positum, quemlibet ad id, quod sibi non nocet, & alteri prodest, posse compelli. Quæ cum ita sint, nolo cum SCHILTERO *Exerc. XX. th. IX.* omnem huic actioni usum in foris nostris denegare. Quamvis enim necesse non sit, ut hodie, qui actione reali experiri cupit, præparatorio utatur judicio, possunt tamen casus existere, ne cum effectu vindicatio locum habeat, antequam res ipsa exhibita sit, v. c. si gemma mea alterius annulo sit inclusa. Interim ubique præsupponitur, ut ejus, qui actione ad exhibendum utitur, perfecte intersit, rem exhiberi. *L. III. § XI. ad exhibend.* Jus imperfectum enim quod ex regulis honesti & decori descendit, nullam producit actionem.

*m*) QUAPROPTER necesse est, ut ad exhibendum agens interesse suum summariter minimum demonstret, atque judex desuper cognoscat. *L. III. §. IX. ad exhibendum.* Probato vero interesse, nisi possessor adeo liquidam habeat exceptionem, quæ agentem in continenti repellit, exhibitionem reus declinare nequit, & exceptio in directum judicium differtur *L. III. §. XIII. Eod.* Si denique dubium sit, an actoris intersit, reus juramentum calumniæ recte defert.

*n*) QUID vero, si reus se possidere neget? Tum actor quidem possessionem probare debet, probatione autem feliciter peracta pœnam inficiationis & mendacii incurrit reus, idque præjudicii sentit, quod judex ipsi rem auferat, ejusque possessionem in actorem transferat, salva facultate petitorium instituendi reo relicta *L. ult. D. de Rei vindic.* Quam pœnam quidem hodie, nisi legibus expresse approbata sit, usum habere negant. Verum, ut ubique locum haberet, eo magis esset optandum, quo certius constat, mendacii crimen nostratibus æque ac Romanis cognitum esse, & quo magis Reipublicæ interest, ne mendacia in alterius damnum concepta impunitate gaudeant STRYCK. *Us. Mod. Dig. tit. de Rei vind. §. VI.* BERGER. *El. Disc. Forens. p. 470. sqq.*

*o*) QUAE actio beneficio Prætoris introducta, (quo nomine sigillatim interdictum vocatur,) ab actione ad exhibendum in eo maxime differt, quod ibi præsupponatur alicujus interesse, ex jure reali vel personali rem exhiberi, hic vero sufficiat, etiamsi alio nomine solum intersit v. c. heredi, qui nondum adiit hereditatem, legatario, qui sibi aliquid relictum putat *L. III. §. VIII. D. ad exhibendum.*

# TITULUS XV. DE DOMINIO UNIVERSALI, SEU JURE HEREDITARIO, AC IN SPECIE DE TESTAMENTIS ET ULTIMIS VOLUNTATIBUS.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Juris hereditarii descriptio*. II. *capita*. III. *Acquirenda hereditas defertur vel ordinario vel extraordinario modo*. IV. *Ad illum pertinet testamentum*. L. 28. ff t. I. Qui testam. fac. poss. & quemadm. test. fiant. V. *Persona illud condens libere*. VI. *Quidam prohibentur testari natura*, VII. *quidam lege & quidem* 1) *ob statum*. VIII. 2) *ob aliam inhabilitatem*. IX. *Modus condendi testamentum vel judicialiter, aut in loco judicii ipso testatore comparente; aut domi ad se vocatis personis & missis a judice*: X. *Vel extra judicium scilicet instituto certo herede*: XI. *& solennitatibus quinque adhibitis in testamento scripto*. XII. *vel etiam non scripto; quod probatur juratis testibus vel instrumento*. XIII. *Qui testes sint habiles. Qui inhabiles* 1. *ratione personæ in genere*. 2. *ob specialem rationem in testamentis*. XIV. *In quibusdam locis minor solennitas requiritur. Attendendum jus loci, quo testamentum conditur*.

I. DOMINIUM universale seu jus hereditarium est successio seu jus, quo succeditur in universum jus, quod defunctus habuit. *l. 24. ff. de V. S. l. 62. ff. de R. I.* vel, est jus seu facultas jure competens in universitate rerum [p], a defuncto relictarum, ita ut quis in idem ac omne jus, quod defunctus habuit [q], succedat [r].

II. CIRCA hoc jus hereditarium observanda est 1.) ejus acquisitio, 2.) ipsum jus hereditarium in se consideratum, 3.) actiones inde fluentes.

III. CIRCA acquisitionem discernenda venit delatio hereditatis (*der Anfall*) & ipsa ejus acquisitio. *l. 151. ff. de V. S* Delatio idem est, quod in dominio specialiter dicto titulus seu causa §. 4. *J. de R. D.* junct. *d. l. 151.* Defertur autem hereditas vel ordinario modo, vel extraordinario per pacta hereditaria. Ordinario modo iterum dupliciter defertur 1.) per ultimam voluntatem defuncti, 2.) per legem seu successionem ab intestato; & quidem utrumque fit vel juxta jus civile, vel prætorium. Jure civili defertur hereditas aut per testamentum, in quo & directis verbis, & per fideicommissum hereditas relinqui potest; aut per codicillos, qui solum per verba obliqua fiunt.

p) DUPLEX in jure nostro occurrit universitas, altera personarum, altera rerum. De illa jam egimus supra, ejusque jura perspeximus. Hæc iterum duplex est, vel facti vel juris. Prior facto hominis constituitur, v. c. grex, bibliotheca. Posterior a lege est, v. c. peculium, hereditas jacens. Et hujus natura eo redit, ut hominis instar crescat & decrescat, augmentum & deminutionem recipiat. *L. XX. D. de heredit. petit.* ut cum surrogato naturam communicet, resque v. c. pecunia hereditaria comparata in locum pretii, pretium in locum rei succedat, ut demum cum omni commodo & incommodo in alium transeat ipso jure. *L. XXXVII. de acqu. hered. L. I. D si ager vectigal.* Quæ omnia in universitate rerum, quæ facti est, secus se habent.

q) ET sic dominium rerum hereditariarum, aliaque jura defuncti, actiones tam personales, quam reales, itemque exceptiones sub se complectitur, quatenus in heredes hæc omnia sunt transitoria. Quæ enim cum defuncti persona expirant, cum herede non communicantur *L. III. §. ult. quib. mod. ususfr. amitt. L. VII. D. de exception. L. I. §. XLIII de aqu. quotid. & æstiv. L. LXVIII. de Regul. jur.* Par ratio est eorum, quæ in facto consistunt. *L. XXIII. D. de acqu. possess.*

r) INDE facile patet, nullam esse viventis hereditatem. *L. I. D. de hered. vel action. vendit.* neminique dominium rerum hereditariarum competere, nisi post mortem ejus, a quo hereditas descendit. Sed postquam jus novum quasdam personas ita heredes necessarios effecit, ut certa bonorum pars ipsis præcise sit salva relin-

IV. TESTAMENTUM est [r] voluntatis nostræ justa h. e. secundum juris civilis regulas ordinata sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. *l.* 1. juncta *l.* 4. *ff. qui Test. fac. poss.* vel explicatius: Testamentum est legitima & directa, a persona habili facta designatio habilis successoris in universum jus, quod ipsa post mortem relinquit.

V. CONDIT testamentum testator, qui libere, non vi nec dolo inductus, ultimam voluntatem declarat [s], *L.* 11. *C. de test. mil.* vid. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 5. *d.* 9.

quenda, hos jam vivo eo, cujus hereditatem sperant, istius partis intuitu dominium aliquod habere, leges ipsæ agnoscunt. Exemplo sunt liberi. Hi enim vivo patre legitimæ intuitu domini existimantur § *II. J. de hered. qualit. & differ.* Quare, licet ex bonis paternis aliquid vivo patre subtrahant, non tamen puniuntur ut fures §. *XII. J. de furt.* Et negotia inter vivos a patre celebrata, quatenus legitimæ præjudicio sunt, non valent, sed revocationi subsunt. Quod exemplo inofficiosæ donationis ex *L. I. & VII. D. de inoffic. donation.* NOVELL. *XCII.* inofficiosæ dotis, inofficiosæ venditionis, inofficiosæ divisionis paternæ *L. fin. C. famil hercisc. Nov. XVIII. cap. VII.* demonstrari potest.

r) TESTAMENTUM. si principia Jurisprudentiæ Romanæ paulo penitius inspicias, est lex privati hominis heredi dicta de eo, quod post mortem fieri velit. Certe in Legibus XII. Tabul. jam erat dispositum: Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto. Et diserte de testamento, quod lex sit, PRISCUS testatur in *Excerpt. de legation. p.* 62. add. CICERON. *Philipp. II. cap. XLII.* nec non NOVELL. *XXII. cap. II.* in qua testator legem ferre dicitur. Inde autem varia deducuntur. Primo enim testamentum legis instar mutationi subest, revocatur licite, legemque testator legi ita recte superaddit, ut posterior solum valeat QUINCTILIAN. *Declam. CCCVIII.* quo sensu etiam ultimum vocari consuevit judicium, quod scilicet prius non valeat, quam morte confirmatum *L. XVIII. D de inoffic. testam. L. XXVI. D. de Legat. III. L. XIX. C. de inoffic. testam.* Deinde testatores non nisi formulis legislatorum utebantur, & directis verbis, ut ne legatum quidem subsisteret, nisi imperative relictum *L. II. C. Commun. de legat. L. XV. C. de testam.* Porro olim testamenta in pace non nisi in Comitiis, præmissa solenni rogatione fiebant *§. I. J. de testam. ordinand.* GELLIUS *Noct. Attic. Lib. V. cap. XIV.* Sed & ulterius rationem inde facile desumimus, quare neque omnibus testari permissum fuerit, neque omnes ad testimonium testamentarium dicendum convocari potuerint, cum & habilitas testatoris & testis ex jure suffragii in comitiis dijudicanda sit. Addamus & hoc, quod ex eadem ratione falsa causa adjecta neque testamentum neque legatum vitiet. Liberrime igitur legem privatam suam legislatoris instar condebat testator, hoc tamen ubique adhibito temperamento, ut neque contra Jus Naturale impingeret, neque a Jure Communi recederet. Ad utrumque enim, ut legem suam accommodaret, erat necesse. Quamvis vero sequiori ætate privatim etiam testari licuerit, adeo multæ tamen antiqui juris in testamentis privatis remanserunt reliquiæ, ut vix accuratum de variis legum Romanarum dispositionibus ferre possimus judicium, nisi antiquam testamenta condendi rationem ante oculos habeamus.

s) LIBERTAS enim consensus, quæ in testatore summa esse debet *L. I. C. de SS. Ecclesiis*, violentam coactionem neutiquam admittit, eritque sine dubio testatoris hoc in casu nulla voluntas, ut non possit non ipsum testamentum corruere. *L. IX. pr. L. XXXII. D. de heredit. petit.* eorum scilicet intuitu, quæ invitus scripsit. Quodsi enim præterea testamento sponte quædam adjecerit, ea non statim corruunt. Et sic si testator in tali testamento coheredes sponte instituerit, testamentum omnino subsistet. Idem dicendum esse puto, si legata & alia capitula sponte addidit. Conf. NOVELL *CXV. cap. III. in fin.* Quæ vero de dolo & vi diximus, recte applicantur ad importunas flagitationes & sollicitationes, *ungestümmes Anhalten*. Quamvis enim leges blanditiis uti, affectionibus judicia provocare, maritali sermone uxorem placare permittant, importunitas tamen adhibita æque libertatem voluntatis impedit, ac violentia, siquidem, qui continuis precibus, flagitationibus, clamoribus, persuasionibus ita fatigatur, ut demum pertæsus & a molestiis se liberaturus heredem nominet, quem sollicitator suggerit, sponte voluntatem declarasse

Blanditiæ tamen adhibitæ non oberunt. *l. 3. ff. si quis aliq. testar. L. 70. de hered. instit.* vide Sande *Decis. Fris. Lib. 4. tit. 1. def. 11.* nec simpliciter alterius interrogatio vitiat testamentum *. vid. Carpz *d. l. def. 4. 5. & 6.*

VI. Prohibentur vero * quidam testamentum facere natura 1.) propter defectum judicii y in impuberibus, etiamsi tutoris autoritas intervenerit, §. 1. *I. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rat. distrah* item furiosis. *l. 9. qui testam. fac. poss.* Minores autem, etiam sine curatoris autoritate, testari possunt. *l. 4. C. d. t.* 2.) propter defectum corporis, inhabilem quem reddentem, ut sunt muti & surdi, *l. 6. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Justinianus tamen muto, qui scribere, & surdo, qui loqui potest,

se dici nequeat. Quære in Constit. Elect. Saxon. *V. P. III.* utrumque, nempe *harte Worte und ungestümes Anhalten* recte conjungitur, & libertati testandi adversum judicatur add. Wernher. *P. II. obs. CCCCVII. P. III. obs. LXXXIV.* Nec dubium est, quin super vim metumque adhibitum juramentum recte deferatur. Quod quidem Carpzovius *ad d. Constit. def. XIV.* Moller. *Lib. III. Semestr. cap. XLII.* Martini *ad ord. Proc. Sax. Tit. XVIII. n. 71*, negant, sed infirmis admodum rationibus. Quamvis enim delinquere & pœnam criminalem incurrere videatur, qui vim & metum adhibet, notum tamen est, juramenti delationem locum habere, quando ex delicto civiliter agimus. Altera vero ratio Carpzovii, quod relationem tale juramentum non admittat, vel ideo incongrua est, quia ea admissa nulla juramenti delatio super factis propriis usum haberet. add. Wernher. *P. I. obs. CXCII.* Strick. *Cautel. Testam cap. II. §. IX.* Berger. *Elect. Disc. Forens. tit. XVIII obs. III. n. 7. p. 521.*

*u*) Quatenus nempe indiscrete concepta nec ad certam personam directa est, verbo: quando heredis vel legatarii nomen non suggeritur. At enim vero suggestio libertatem voluntatis omnino impedit, & præterea cum essentia testamenti nuncupativi pugnat, cum nomen heredis voce testatoris nuncupandum sit, ut ipsum testamentum subsistat *L. XXIX. C. de testam.* Ordin. Maximil. *I. de anno 1512 tit. von Testamenten.* Accedit & hoc, quod de seria testatoris voluntate certo constare debeat. *L. LXXXVI. de Regul. jur.* Quapropter sigillatim testamentum, ubi testator interroganti simpliciter per vocem *Ja* annuerat, irritum declararunt Lipsienses apud Carpzovium *P. III. Const. V. def. VI.* & Vitembergenses apud Bergerum *Cent. III. Cons. XLIV.* ut & Helmstadienses apud Leyserum *Spec. CCCLXXI. med. XIV.* Quod si vero de testatoris voluntate jam aliunde constet, illeque postea in præsentia testium, eum in finem, ut actui testandi intersint, consentiente testatore convocatorum, interrogatus respondeat, testamentum omnino validum erit Richter. *Decis. XXVII. n. 4.* Carpzov. *P. III. Constit. III. def. XXVII. & Const. V. def. IV.* Leyser. *d. Spec. med XV.*

*x*) Quas prohibitiones omnes fere ex ritu testandi antiquo facile deduxeris. Nam impuberibus in comitiis locus non erat. Furiosi quoque & prodigi, qui furioso per omnia æquiparabatur, nulla ibi habebatur ratio. Quamvis non erres, si his ideo testamenti factionem interdictam dicas, quia nullum iis erat animi judicium. Surdi etiam & muti ad Comitia non accedebant, cum nec rogationem audire, nec suffragium dare possent. Par olim ratio fuit fœminarum, quæ ab accessu ad Comitia exclusæ testamentum non condebant, add. Thomasii *Diss. de sensu Legis Decemvir testament.* Postea vero facultas testandi cum fœminis communicata fuit, si tamen sui essent juris, & auctorem tutorem adhiberent Ulpianus *Fragment. tit. XX. th. XV.* quod ultimum hodie adhuc vi jurium quorundam statutariorum maxime Hamburgi & Lubecæ usu servari cognitum est. Porro etiam cum furioso, tempore intervalli testamenti erat factio *L. IX. C qui testam fac. poss.* Cum surdis & mutis quoque hanc facultatem communicavit Justinianus, hac distinctione adhibita, ut, qui natura surdus & mutus simul esset, non testaretur, infortunio mutus & surdus factus, in scriptis testamentum conderet. Sin vero morbus esset diseretus, ille quidem, qui audiret, in scriptis, qui e contrario loqueretur, nuncupative voluntatem suam exponeret *L. X. C. Eod.*

*y*) Hæc ratio, postquam testamenta privatim condere permissum fuit, omnino est in subsidium vocanda, ut habilitatem testatoris de-

testamenti factionem concessit, *l.* 10. *C. d. t.* Porro cœcus nonnisi observatis certis solennitatibus [y], in *l.* 8. *C. d. t.* præscriptis, testari potest. Inter quæ præcipuum est, ut præter septem testes etiam tabellionem, seu ejus loco octavum testem adhibeat. add. RECESS. IMP. *de anno* 1512. §. 9. CARPZ. *p.* 3. *c.* 6. *def.* 5.

VII. LEGE prohibentur juxta jus Romanum (I.) ob statum 1.) servi 2.) monachi [z], *auth. ingressi. C. de SS. Eccles. Nov.* 123. *c.* 38. 3.) filiifamilias ne permittente quidem patre [a]. *l.* 6. *pr. ff. qui testam. fac. poss.* nec in peculio adventitio, licet in illo plenam habeat proprietatem filiusfamilias NICOL. REUSNERUS *tr. de testam. p.* 1. *c.* 28. *num.* 9. *& seqq.* de peculio autem castrensi & quasi castrensi potest testari *pr. I. quibus non est perm. & l. ult. C. qui test. fac. poss.*

judicemus. Nam in eo, qui testatur, maxime integritas mentis *L. II. qui testament. fac.* & certus atque deliberatus animus requiritur §. *I. J. de milit. testam.* Inde vero generatim inferri potest, testamentum ejus, qui usum rationis habet, omnino valere, tametsi vigor animi & judicii non adsit *L. IV. C. qui testam. fac. poss.* ultimum vero ejus elogium, qui defectu rationis laborat, nullius esse efficaciæ. Sic nil obstat, ne homo stupidus & simplex, HEIGIUS *P. II. qu. XXXVIII. n.* 30. STRYCK. *Cautel. testament. cap. III.* §. *XXV.* LYNCKER. *Resol. CCCCLI.* itemque moribundus *L. XV. & XXIX. C. de testam.* valide testetur. Sed furiosus, ut & agonizans, qui rationis usum jam amisit, testando nihil agit.

y) NON itaque simpliciter a testamenti factione cœcus excludebatur, cum nec forsan a jure Comitiorum excluderetur, sed, ut præter consueta formalia & hæc solennia servaret, Legislator jussit. Ut I) octavum testem vel Notarium adhiberet, vel, si mavis (nam alia quoque præter solenne testamentum dantur ultimæ voluntates), numero testium, qui alias requiritur, unum semper superadderet, & sic v. c. in codicillo sex testes, in legato relinquendo iterum sex testes rogaret. II) ut heredem non solum nominaret, sed etiam designaret. Haud tamen inde sequitur, cœcum non posse in scriptis testari. Nam ex ipsa *L. VIII. C. qui testam. fac. pos. &* §. *IX. Ordin. Notar.* patefit, cœco datam esse licentiam, ut voluntatem suam sive in testamenti sive in codicilli tenore compositam, cui velit, scribendam tradat, postea vero convocatis testibus & Notario, re, cujus causa vocati sunt, patefacta, chartulam promat. Quo tamen facto res ipsa docet, ad integritatem testamenti & excludendas insidias testamentum a testibus postea subscribendum cœco prælegendum esse.

z) OLIM Episcopis solum potestas testamento sibi heredem faciendi adempta fuit, quatenus ex bonis Ecclesiæ acquirebant. *L. XLII.* §. *I. C. de Episc. & Cleric.* Reliqui clerici salvam habebant testamenti factionem. *L. XX. C. Eod. L. XXXIII. C. de SS. Eccles.* Jure tamen Justinianeo susceptio schematis & ordinis monastici hunc habuit effectum, ut dominium rerum suarum monachus transferret ad monasterium. Cujus rei rationem hanc reddit Urbanus II. in *can. XIX. qu. III. cap III.* quod jus monasterii habea effectum Patriæ Potestatis. Ut tamen monachus facultate testandi privetur, professio ipsa facto esse debet. Tum enim demum habetur pro mortuo. Et sic in anno Novitiatus recte adhuc testamentum condit. Præterea professio neque liberis intuitu legitimæ NOV. *CXXIII. cap. XXXVIII.* neque uxori intuitu dotis aut donationis propter nuptias præjudicium infert NOVELL *V. cap. V.*

a) Ex quo dura admodum filiorumfamilias apud Romanos conditio apparet, insimulque evidens fit, liberos deterioris conditionis fuisse, quam servos. Nam hi de peculio, permittente domino, valide testabantur, memoratque Plinius passim in Epistolis suis de se ipso, se delectatum esse judicio suo, dum servis suis morientibus facultatem testandi daret. Duræ igitur istius dispositionis, quæ filiorumfamilias intuitu obtinebat, rationem plerumque in eo ponunt, quod testamenti factio non ab arbitrio patris, sed a lege publica dependerit. Verum sic etiam servis non potuisset concedi testamenti factio. Quare merito ipsam rationem a rigido Patriæ potestatis jure derivabis. Eatenus autem nullum est filiifamilias testamentum, ut & inutile maneat, tametsi postea sui juris factus decedat *Pr. J. quib. non est permiss. fac. testament.* nisi voluntatem de novo adhibitis omnibus solennitatibus repetierit. Cumque satis constet, id unicum, quod filiusfa-

VIII. PORRO (II.) ob aliam inhabilitatem lege prohibentur 1.) prodigi [b]. §. 2. *I. d. t.* 2.) ob crimen, ut 1. carminis famosi damnati *l.* 18. §. 1. *ff. d. t.* 2. apostatæ, *l.* 2. 3. *&* 4. *C. de Apost.* quibus Doctores accensent veneficos, nisi pœnitentiam egerint, ac conversi fuerint, & postea confecerint testamentum. THEODORICUS *Coll. Crim. Diss. X. th.* 6. *lit. e. c. & f.* RICHT. *Decis.* 57. *n.* 12. 3. hæretici [c], *auth. Credentes C. de heret.* 4. incestis nuptiis se polluentes *l.* 6. *& auth. seq. C. de incest. nupt.* 5. quorum bona fisco vindicantur. add. ORD. CRIM. *art.* 106. *&* 108. 6. banniti & proscripti imperii GAIL. *Lib.* 2. *de P. P. c.* 6. *n.* 9. *&* 10. Damnati vero alias ad mortem usu hodierno testamentum condere possunt [d]. CONSTIT. ELECT. *p.* 3. *C.* 6. COLER. *decis.* 34. nisi alia ratio obstet, nimirum vel 1.) inhabilitas personæ, v. gr. quod veneficus sit testator, uti modo dictum *hoc aphor. n.* 2. vel 2.) defectus bonorum, quod scilicet bona sint confiscata ob crimen læsæ Majestatis, aut declarationem in bannum superius, (*in die Ober-Acht*).

IX. CONDITUR testamentum duplici modo 1.) est testamentum judiciale [e]. sive apud acta conditum, in quo hæc requisita sunt observanda: 1. ut ipse testator [f] ultimam suam voluntatem, scripto comprehensam, judici pro tribunali sedenti, præsente actuario [g], insinuet sive offerat, & diserte asserat, in ista scriptura ultimam suam

milias patris potestati sit subjectus, testamenti factionem impedire, facile patet, cum ne de peculio quidem adventitio irregulari posse testari, neque piæ causæ aliquid relinquere, neque etiam per clausulam codicillarem defectum supplere.

*b*) HUJUS prohibitionis rationem neque tuto in prohibita prodigis bonorum administratione pones, cum ea admissa nec minor condere posset testamentum, neque commode a metu derivabis, ne amicos amicasque suas homines dissoluti & leves heredes scribant. Inde enim procul dubio error enatus est, tanquam subsisteret prodigi testamentum, in quo posteritati bene consuluit. Confer. BRUNNEMANN. *Cent. V. Decis. XXIII.* RICHTER. *P. I. Decis. XLIII.* HUBERUM Prælection. *ad tit. D. qui testam. facer. poss.* Sed vera ratio hæc est, quia furiosi & prodigi pari passu ambulant *L. XII.* §. *fin. D. de tutor. vel curat. dand.*

*c*) HOS tamen inter Protestantes testari posse, recte asserit STRYCK. *Caut. testam. cap. III.* §. *LXI.* Ut enim hæresis per se non crimen est, ita nec diversitati religionis ea efficacia inest, ut juribus hominum ideo quis sit privandus. Certe hæreticus sacris Protestantium non addictus ut peregrinus recte testatur. Quare ne Judæis quidem, utut Christianæ religionis infensis hostibus, testamenti factio denegatur.

*d*) RATIO diversitatis inde facile desumitur, quod olim bona damnatorum ad mortem fisco vindicabantur, secus ac nostris moribus. Conf. LUDER. MENCKENII *Diss. de testament. faction. damnat. ad mortem Jure Civili denegata, moribus asserta.*

*e*) POTIUS testamentum in publicum & privatum distinxeris. Præter testamentum enim judiciale datur etiam testamentum Principi oblatum, quod, præter oblationem a testatore vel etiam ejus procuratore, ad hunc actum instructo, STRYCK. *Cautel. Testament. cap. VIII.* factum, alias solennitates non requirit *L. XIX. C. de testament.*

*f*) SED cur non procurator? Forsan, quia Judex est instar septem testium, & sic naturæ rei conveniat, ut, quemadmodum testes testatorem præsentem videre debent, judex etiam eum videre debeat. Ast infirmam esse hanc rationem, statim patet. Forsan igitur evitandæ fraudis ergo præsentia testatoris requiritur. Certe, si fraus appareat, testamentum infirmabitur. Quid vero, si doli suspicio non adest. Tum nil obstare video, ne recipiatur testamentum, a procuratore, qui speciali mandato instructus est, oblatum. STRYCK. *dict. loc.* Cui quidem contradixit BARTHIUS *Dissert. de Testam. Comitii oblato.* Sed Stryckii defensionem suscepit. SCHLITTE *Diss. de negot. in person. propria explicand. cap. III.* §. *II. sq.*

*g*) INDE facile colliges, fide publica testamentum non inniti, quod vel judici in ædibus

voluntatem comprehensam esse, vel oretenus coram judice & actuario, in loco judicii, ultimam voluntatem exponat. 2. Iudex seu actuarius jussu judicis ad acta reponat [h] hanc ultimam voluntatem, seu scripto, seu oretenus expositam; & non solum ipsi ultimæ voluntati inscribat, quod ista rite fit exhibita a testatore v. gr. Cajo, sed etiam ipsi testatori Cajo breve testatum exhibeat, quod testamentum ad acta reposuerit. Quodsi vero propter morbum non possit ipse in loco judicii comparere, necesse est ut ad judicem aliquem mittat, atque petat, ut nomine judicii duæ personæ [i], ad judicium pertinentes, veniant ad ipsum & testamentum ab ipso accipiant. His comparentibus, testator similiter vel in scripto offert [k], vel oretenus proponit ultimam suam voluntatem, quæ postea ad acta, uti diximus, reponitur, & breve testatum testatori datur: quo posteriori casu scabinorum præsentia nonnullibi desideratur. vid. DEC. ELECT. SAXON. 45. & 37. CARPZOV. *Lib. 6. Resp.* 12. secundum jus commune vero sufficit, judicem ejusque actuarium adesse [l].

privatis, vel judici soli, vel Actuario tantum oblatum est. Verum, de ista necessitate, ut judex pro tribunali sedeat, vel ideo dubito, quia actus ipse est volnntariæ jurisdictionis, qui nullam causæ cognitionem desiderat ENGELBRECHT. *Compend. Jurisprud. tit. qui testam. fac. poss.* §. *IV.* Deinde usus fori extra Saxoniam etiam solius judicis præsentiam admittit CARPZOV. *P. III. Const. III. def. XXXII.* RICHTER. *P. I. Decis. XXX.* BERGER. *Oecon. Jur. p.* 338 *n.* 5. Quam & Praxis Saxonica non respuit, si necessitas ambages non toleret. Imo & tum actuario soli insinuationem fieri posse, ex DECIS. ELECT. *XLV.* discimus. Plane, si & judicis & actuarii officium in unum personam cadat, forsan, quando judex actuario vices suas delegat, vel alicui universa jurisdictio mandata est, huic soli testamentum insiouare sufficit WERNHER. *P. I. obs. XXVI.* LEYSER. *Spec. CCCLVI. med. III.*

*h*) SED, modo sigillo judiciali muniatur, adhuc fide publica sustinebitur, tametsi postea testatori ultimam voluntatem reddat judex, isque eam inter chartas suas privatas asservet. Sufficit enim, actum ipsum judiciali auctoritate esse peractum. Nec documentum judiciale vim suam amittit, etiamsi in privati scriniis repositum inveniatur. Quod in Saxonia lege publica confirmatum est, modo sigillum reperiatur illæsum, & voluntatis mutatio probari nequeat DECIS. ELECT. *XLIV.*

*i*) LEGES Saxoniæ Electoralis ita disponunt, necessariam esse judicis, Actuarii, & unius Scabini, vel Actuarii & duorum Scabinorum præsentiam, nisi Actuarius & judex in una persona concurrat, tum enim unum præterea Scabinum adhibere sufficit DECIS. ELECT. *LXXIII.*

*k*) QUID vero, si testator neque scribere neque legere possit, & tamen scriptum testamentum offerat. Tum adhuc opus est prælectione, ut constet, anne aliquid contra testatoris voluntatem testamento sit insertum STRYCK. *Cautel. Testam. cap. XIII.* §. *XXI.* BÖHMER. *Diss. de testamento non prælecto.* Quamvis enim alii ex silentio *L. XXI. C. de testam.* colligi posse existimant, tuto prælectionem in testamento imperiti literarum omitti, ipsa tamen natura negotii, quod omnem fraudem hic præcavere jubet, exigere videtur, ut de voluntate testatoris certam scientiam sibi judex acquirat. Quare nec dubito, quin prælectio in testamento quoque privato, quod imperitus literarum in scripturam redigi jussit, adhibenda sit, & insimul usum insignem præstet cautela, ut testibus præsentibus testamenti inspiciendi copia detur STRYCK. *d. tr. cap. IV.* §. *VII.* Hoc certe fatentur omnes, qui etiam prælectionis necessitatem remittunt, nil magis conferre ad seriam testatoris voluntatem colligendam, quam si de prælectione constet.

*l*) QUID, si Sculteto pagano testamentum fuerit insinuatum? Non subsistet testamentum. Judex enim requiritur, qui jurisdictionem habet, utut competentia ejus haud desideretur. Nostri autem Sculreti pagani jurisdictionem non habent. Quid si parochum cum testibus duobus elegerit testator, ut coram eis testamentum conderet? Tolerat tale testamentum Jus Canonicum in c. X. x^n. *de testament.* validumque judicatur in terris Pontificiæ religioni addictis. Cleri enim interest, ut ob legata ad pias causas subsistant te-

X. Ex-

X. EXTRA judicium ordinatur teſtamentum certis ſolennitatibus adhibitis [m], & inſtituto certo herede, de quo *Tit. XVII.*

XI. SOLENNITATES, ſi teſtamentum velit quis ſcripto comprehendere, ſunt hæ: I. ipſe teſtator, vel alius ejus nomine ultimam voluntatem conſcribat, neceſſe eſt: II. coram ſeptem teſtibus actus teſtandi fieri debet. Circa quos teſtes requiritur 1.) ut ſint ſeptem, inter quos tamen etiam numeratur Notarius, ſi quis adhibeatur. 2.) ut ſint habiles ſeu idonei, vid. *aphor. XIII.* 3.) ſpecialiter ad hunc actum rogati 4.) præſentes toti actui teſtandi 5.) audiant & videant teſtatorem dicentem, in iſta ſcriptura voluntatem ſuam contineri; neque enim opus eſt, ut teſtes ſciant, quid in teſtamento contineatur, ſed ſolum, ut coram iſtis teſtamentum producatur, & claris verbis teſtator ſignificet, hanc ſuam eſſe ultimam voluntatem, & teſtes roget, ut de hoc actu teſtentur [n]. Præterea III. requiritur, ut ipſe teſtator, niſi totum teſtamentum ſit holographum, id ſubſcribat [o] *l. 28. §. ult. C. de teſtam.* aut ſi ſcribere nequeat, teſtem adhibeat octavum, qui ejus nomine ſubſcribat, *l. 21. C. de teſtam.* IV. ut dicti teſtes ſignent, & ſubſcribant [p]. d. ORD. *von Unterricht der Notarien* de An. 1512. §. 1. verb. *mit ib-*

ſtamenta abſque multis ſolennitatibus, eamque ob cauſam jam ante receptionem Juris Romani Germanis rem teſtamentariam commendarunt, vid. SCHILTER. *Exerc. XIV.* Cumque facile præviderent, moribundo adſtiturum parochum, voluntatem ultimam coram hoc & duobus teſtibus, quorum copia facile quoque haberi poterat, ratam eſſe voluerunt. Sed poſt juris Romani receptionem hic teſtandi modus exolevit fere. Certe vim judicialis teſtamenti voluntas ea ratione declarata habere nequit, cum parochus jurisdictionem non habeat. Niſi igitur in aliqua provincia conſuetudo tale teſtamentum confirmet, nullius id erit efficaciæ.

*m*) QUARUM vix aliam rationem, quam, quæ ab antiquo teſtandi apud Romanos modo deſumitur, dari poteris. Nam quod uno contextu fieri debeat teſtamentum, id inde eſt, quia comitia, in quibus olim teſtamenta condebantur, non poterant ex parte differri in alium diem NICOLAUS GRACCHUS *de Comit. Veter. Roman. p. 5.* Numerus quoque ſeptenarius teſtium ideo invaluit, quia olim populus per quinque curias ad Comitia vocabatur. Sextus vero & ſeptimus in locum Libripentis & Anteſtati ſurrogabatur. Hi enim olim in teſtamento per æs & libram adhibebantur. Nec jam deerit ratio, quare ſolenni rogatione teſtis ad teſtimonium dicendum vocandus erat. Ipſa denique qualitas teſtium a jure ſuffragii in Comitiis derivanda eſt. Et hæc ſunt, quæ antiqui juris formulam indicant. Alia tamen ſolennia v. c. teſtium ſigna ex jure Prætorio ſuperaddita ſunt. Alia denique ex Conſtitutionibus Principum acceſſerunt, & Juſtiniano natales debent. Conf. *L XXVIII. ſq. C. de teſtament.* ut ſic forma teſtamenti privati ſolennis externa ex vario jure Romano mixta ſit, quod non diffitetur Juſtinianus in *tit. J. de teſtam. ordinand.*

*n*) NON enim eo fine adhibentur, ut teſtimonium de voluntate teſtatoris ferant, ſed ne teſtamentum ſolennitate careat. Quare etiam nil intereſt, quanam lingua teſtamentum ſcriptum ſit, & an teſtes eam intelligant, modo ipſe teſtator eam intelligat *L. XX. §. IX. D. qui teſtam. fac. poſſ.* Quæ omnia ſecus in teſtamento nuncupativo, cum de eo facto teſtes poſt mortem teſtatoris deponere debeant *L. ult. in fin. C. de teſtament.*

*o*) OLIM quoque, ſi teſtator integrum non ſcripſiſſet teſtamentum, nomen tamen heredis per ejus vel teſtium manum erat exprimendum *L. XXIX. C. de teſtam. ordinand.* Quod poſtea ita mutatum per NOVELL. *CXIX. cap. IX.* ut ſola ſubſcriptio ſufficeret, quamvis ſuadendum ſit teſtatori, ut fraudis omnis evitandæ cauſa non teſtamento ſolum, ſed ſingulis potius teſtamenti paginis nomen ſubſcribat.

*p*) POSSUNT tamen omnes uno annulo ſignare teſtamentum *§. V. J. de teſtament.* & alieno etiam annulo uti, imo, ſi annulo vel ſignaculo inſtructi non ſint, alium characterem adhibere *L. XXII. D. qui teſtam. fac. poſſ* add. REC. IMPER. *de anno 1512. tit. Von Teſtamenten §. VII. in fin.* Subſcriptionem autem alteri committi non poſſe, colligunt ex *L. XXX. D. qui teſtam. fac. poſſ.* Nec aliud evincitur ex *L. ult. C.*

*ren Signeten*. Denique V. ut hic actus testandi non interrumpatur, sed unico contextu fiat q). *l. 21. §. ult. ff. qui testam. fac. poss.*

XII. POTEST vero etiam testamentum sine scriptura confici, quod nuncupativum (*ein ausgesprochen Testament*) appellatur: quod nimirum verbis, coram septem rogatis testibus habilibus, uno contextu a testatore profertur: adeoque præter scripturam & signaturam, omnia alia solennia r) etiam in hoc requiruntur. §. *fin. I. de testam.*

*de testament.* quippe quæ aperte eum casum loquitur, ubi testium, qui scribere queunt, copia fieri nequit, & ubi testibus omnibus de voluntate testatoris, quem heredem scripserit, constet. Quare consultum est, ut testator tali in casu, si testis rogatus scribere nequeat, nuncupative ultimum elogium condat STRYCK *Cautel. Testam. cap. XV. §. XXXVIII.* Cæterum subscriptio & subsignatio conjunctim requiritur. *L. XXII. §. IV. qui testam. fac. poss.* Quamvis enim existiment alii, Jure Prætorio testamentum ab uno alterove teste tantum signatum subsistere, cum Prætor olim præter testium signacula quid ulterius ad testamenti validitatem haud desideraverit §. *II. J. de Testament. ordinand.* Docet tamen allegatus titulus, antiquam testandi rationem sublatam ei vero aliam ex Jure Civili & Prætorio mixtam substitutam esse. Quapropter ista sententia fundamento destituitur, nec dubium erit, quin ejusmodi testamentum signatum solum nullitate laboret STRYCK. *de Success. ab intest. Disp. IX. cap. IV. §. LI.*

q) QUOD tamen non ad actum scripturæ, sed ad solennitatis interpositionem, *zu des Testaments Vollziehung* pertinet. Adeoque validitati testamenti non obest, etiamsi testator voluntatem suam per intervalla in chartam conjiciat, vel ab alio scribi curet. Id solum caveat, ut omnes solennitates uno contextu adhibeat, id est, in præsentia testium omnium eum in finem advocatorum, prævia rogatione, voluntatem subscriptione & subsignatione perficiendam curet, & sic neque ad subscriptionem properet, antequam omnes testes præsentes sint, nec quemquam ex testibus, nisi absolutis omnibus, quæ ad solennitatem pertinent, discedere sinat. *L. XX § VIII. qui testament. fac. poss.* Quæ cum ita sint, nil obstat, ne contractus in ipso testamento celebretur. STRYCK. *Cautel: Testam. cap. XV. §. XL.* Præterea actus naturalis, medicinalis, morbus vel symptoma contingens, sive in testatoris, sive in testium persona, actum non interrumpit. *L. XXVIII. C. de testam.* Par ratio est actuum, qui a solitaria testatoris dispositione dependent. v. c. si inter testandum pignus per modum legati constituat *L. XXVI. de pignorat. act.* Quod autem diximus, nil obesse, ne quis in testamento scripto contractum celebret, id ad testamentum nuncupativum applicari nequit, cum hic natura rei postulet, ut testator uno contextu & voluntatem suam coram testibus exponat, & solennitates adhibeat STRYCK. *dict. loc.*

r) ET hinc facile patet, testes non solum testatorem videre & loquentem audire debere, quippe quod in *L. XXI. §. I. C. de testament.* expressis verbis disponitur, sed etiam rogationem testium specialem ad actum testandi fieri, eosque, quem in finem advocentur, scire debere. Nec aliud, existimo, evinci posse ex *L. XXVI. C. de testament.* Ibi enim remittitur solum solennitas verborum, quæ olim teste *L. III. C. Theod. de testam.* si scriptum perficiendum esset testamentum, in rogatione testium adhibenda erat, non vero inde sequitur, rogationem testium specialem in testamento nuncupativo plane cessare. Præterea & hæc ad validitatem testamenti nuncupativi requiruntur, ut omnia palam fiant, & clare exprimantur. *L. XXI. §. I. D. qui testam. fac. poss.* Nam ad testamentum nuncupativum testes non solennitatis solum, sed & probationis causa adhibentur, ut mortuo testatore de ejus voluntate testimonium ferre possint, quamvis non præcise omnes probationis gratia producendi sint, sed duos adesse, qui de ipsa voluntate ultima ejusque solennitate deponant, sufficiat, cum alia ratio sit condendi, alia probandi testamenti MEVIUS *P. IV. Decis. XIII.* Interim ex prioribus sequitur, testes non solum linguam testatoris intelligere debere, sed testatorem quoque heredem palam nuncupare debere, ut ejus nomen audiant testes. Et sic testamentum nuncupativum mysticam sive implicitam heredis institutionem, quæ per relationem ad schedulam certam fit, omnino respuit. Id enim, quod palam fieri debet, per relationem ad aliud expediri non potest. *L. III. & XL. D. de Jur. fisci.* Eaque sententia appro-

*d.* ORD. §. *Aber die* 8. Ut vero conſtet de teſtamento nuncupativo, poſt mortem teſtatoris teſtes jurato de illo, ita confecto, deponent. *l. ult. in f. C. de teſtam.* niſi inſtrumentum publicum de iſto fuerit confectum in ipſo actu teſtandi[r]. add. CARPZOV. *6. Reſp.* 12. *n.* 4. *& ſeqq.*

XIII. DIXIMUS, teſtes habiles eſſe adhibendos: ſunt vero idonei t[illegible], cum quibus teſtamenti factio eſt[s], ſeu qui poſſunt heredes inſtitui. §. *6. I. de teſtam.* & ſufficit, quod tempore facti teſtamenti ſint, vel habeantur pro habilibus *§. 7. I. eod. l. 1. C. d. t.* Inhabiles vero ſunt I ratione perſonæ in genere, quod ſcilicet alias etiam ad teſtimonium ferendum non ſint idonei; qua de re dicemus in materia probationis & de teſtibus. *infr. Lib.* 4. *t.* 11. §. 17. II ob ſpecialem rationem in teſtamentis, nimirum 1. inhabilis eſt in teſtamento teſtis, qui eſt in patria poteſtate[u] teſtatoris, vel etiam, qui in eadem cum teſtatore eſt familia. §. 9. *&* 10. *I. de teſt.* filius vero emancipatus in patris, vel etiam filius in matris; maritus in uxoris, miniſter in domini teſtamento eſt habilis teſtis *arg. dd.* §. *& d.* ORD. *§. 6. verb. Auch die in Gewalt des Teſtirers*, add. REUSNERUS *de teſtam. p.* 3. *c.* 21. *num.* 4. *& ſeqq.* Alia vero eſt ratio, ſi pater, frater, mater, uxor, dominusve ſit inſtitutus heres in teſtamento, tunc in eo hujus heredis filius, maritus, miniſterve non poſſunt eſſe teſtes: quia ſcilicet totum negotium,

bata eſt in *L. XXIX. C. de teſtam.* & *Ordinat. Maximiliani I. de anno* 1512. *tit. von Teſtamenten* §. *aber die Form.* ut ſic parum conſulant heredi & teſtatori, qui contrariam ſententiam fovent vid. STRYCK. *de Cautel. teſtam. cap. XVI.* § *XXV.* In teſtamento ſcripto vero myſticam heredem inſtituendi rationem locum habere, absque fundamento BERGER. *in Oecon. Jur. p* 350. *n.* 6. negat, cum eam leges ipſæ diſertis verbis admittant, vid. *L. XXXVIII. D. de condit. & demonſtr. L. LXXVII. de hered. inſtit. L. XXV. D. de rebus dub.* add. SCHILTER. *Exercit. XXXVIII.* §. *XLIII. in addition.*

r) QUOD quidem omnino conſultum erit, cum ſic non poſſit deeſſe probatio, teſtatorem vere & ſolenniter voluntatem ſuam expoſuiſſe. Eſt tamen hoc in caſu neceſſe, ut teſtibus ante diſceſſum prælegatur teſtatoris ultimum elogium, vid. *Conſtit. Maximilian. de anno* 1512. *d. tit. §. XXXVII.* BÖHMERI *Diſſert. de teſtament. non prælect.* quo certiores fiant, alia in ſcripturam non eſſe redacta, quam quæ teſtator verbis protulit. Interim ſcriptura accedens ex teſtamento nuncupativo ſcriptum non facit, cum non ad ſcripturam ſubſequentem, ſed ad actum ipſum teſtandi reſpiciendum ſit. Et ſic quoque validitati teſtamenti nuncupativi nihil decedit, etiamſi inſtrumentum ſuper actu teſtandi confectum defectu quodam in formalibus laboret, modo ex depoſitione teſtium de voluntate teſtatoris conſtet. Id enim, quod ab actu plane abeſſe poteſt, ſi vitioſe adſit, actum ipſum non vitiat STRYCK. *Cautel. teſtament. cap. XV.* §. *XLVII.* Et ita etiam judicarunt Scabini Jenenſes Menſ. Martii 1736.

s) VEL ſi mavis, qui olim juris Comitiorum participes erant. Nam mulier teſtamenti factionem tam activam, quam paſſivam habet, nec tamen teſtis ad teſtamentum evocari poteſt. Ex eadem itaque ratione abeſſe jubebatur, qui ſurdus, mutus, impubes, ille, cui bonis interdictum erat; furioſus item excludebatur.

u) DE inhabilitate teſtium a conjunctione deſumta ſequentes regulas formant, earumque ſubſidio rem omnem conficere ſtudent. I) Conjunctio teſtium inter ſe, etiamſi cum Patria poteſtate ſit conjuncta, teſtamentum non vitiat, quia hic nulla fraudis ſuſpicio adeſt *L. XVII. D. qui teſtam. fac. §. VIII. J. de teſtam. ordinand.* Pater enim & filius in Jure Romano pro una quidem habentur perſona, ſed tum demum, quando inter ſe negotium celebrant, non vero, ſi ad tertium referuntur. Unicus tamen hic caſus eſt exceptus, ſi teſtis & teſtator in eadem patris poteſtate ſint LAUTERBACH. *Diſſ. de ſingul. fratr. jurib. membr. II.* § *II. n.* 7. II) Conjunctio teſtium cum teſtatore tunc teſtamentum vitiat, quando cum patria poteſtate eſt conjuncta §. *IX. J. de teſtam.* III) Conjunctio teſtium cum herede ſemper vitiat teſtamentum, quamvis cum patria poteſtate intuitu heredis non ſit conjuncta.

quod agitur testamenti ordinandi gratia, inter testatorem ac heredem agitur. §. 10. *I. de testam. d.* ORD. §. *die Notarien 6. vers. item einer*. Ideo dictæ personæ propter singularem affectionem erga heredem sunt suspectæ. 2. Non potest heres esse testis in testamento, quo institutus est heres: Non vero prohibentur legatarii [x] testes esse, §. 11. *I. d. t.* etiamsi fuerit nuncupativum, uti communiter sentiunt Interpretes. vid. REUSNERUS *d. p.* 3. *C.* 22. *in f.* Contrariam tamen opinionem, legatarios in nuncupativo non esse admittendos testes, receptam esse in Dicasterio Ienensi testatur RICHTER. *Decis.* 31. *n.* 21. 3.) Ob singularem, testamentis propriam, solennitatem non admittitur mulier testis. §. 6. *I. de testam. ord. d.* ORD. §. *die Notarii*. 6. in codicillis vero & istæ admittuntur. *arg.* §. *fin. I. de codicill.*

XIV. SCIENDUM vero est, quod hodie quibusdam in locis secundum peculiaria statuta, non eadem, quæ jure civili, exigatur solennitas, sed e. g. alicubi duo testes sufficiant: attendenda igitur tunc in testamento condendo ea testandi ratio seu modus, qui requiritur in isto loco, ubi testamentum conficitur [y]. Et habet hoc vires etiam in alio loco, ubi bona hereditaria forte sunt sita, etiamsi alias major ibi requiratur solennitas testandi, CARPZ. 5. *Resp* 1.

ADD. *L.* 2. *T.* 10. *I. de testam. ordin. & Tit.* 12. *ff. quib. non est permiss. fac. testam.*

Semper enim subesse putant periculum, ne testes heredis causa testatorem inducant, ut in ejus gratiam disponat. Verum hæc regula §. X. *J. de testam. ordinand.* non est conformis. Quatuor enim casus, qui in allegato textu occurrunt, ubique vinculum patriæ potestatis præsupponunt, docetque ipse contextus, de aliis consanguineis legislatorem non cogitare.

x) OLIM nil obstabat, ne ipse heres in scripto testamento testis adhiberetur. Ipsa enim antiqua testandi ratio ita comparata erat, ut testis rogatus nesciret omnino, utrum ipsi quicquam in testamento esset relictum. Quod ex ULPIANI *Fragment Tit.* XX. docui in *Constit omissis Manip.* II. *obs* V. Sed noluerunt postea Legislatores heredem ad testimonium admittere; quia; sublata antiquo mancipationis actu, omne negotium testamentarium agebatur inter testatorem & heredem. Legatarios vero & fideicommissarios, utut & his obstare videatur, quod testes in propria causa sint; non demum Justinianus, ut ipse gloriatur in § *XI J. de testam. ordinand.* testes in testamento, in quo ipsis aliquid adscriptum erat, adhiberi permisit; sed idem jus jam obtinuit tempore Trebatii *L. XIV D de reb. dub.* sub Nerone SVETONIUS *cap.* XVI. sub Trajano PLINIUS *Lib II Epist ult.* Eandem sententiam tovit Scævola *L* III. §. III. *Cod. Theod. de testam.* ut & ULPIANUS *L.* XX. *pr. D. qui testam. fac. poss.* Demum Zeno Imperator publica lege corroboravit *L.* XXII. *C. de testament.* Conf. *Comment. ad Constit. omiss. loc. alleg.* Cumque rationem, cur legatarius & fideicommissarius testis esse possit, Justinianus inde derivet, quia non successores juris sunt, facile patet, nihil hic interesse, sive testator voluntatem suam in scriptis relinquat, sive nuncupative testetur STRYCK. *Cautel. testam. cap.* XV. § XLVIII.

y) IDEM asserit MYNSINGER. *Lib.* I. *obs.* XIX. *seq.* GAIL. *Lib.* II. *obs.* CXXIII. A SANDE *Lib.* IV. *rer. judicat. Tit.* I. *Def.* XII. Quorum sententiam alii quidem admittunt de rebus mobilibus, quæ personam, cujus ossibus cohærent, sequi solent. Immobilium vero intuitu ad leges loci, ubi sita sunt, testatorem in condendo testamento respicere debere existimant. Sed recte distinguit VINNIUS *Lib.* II. *Select. quæstion. cap.* XIX inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, de qua disponitur. Quæ enim in rem concepta sunt statuta, rem quoque afficiunt, eamque, ubicunque est, legibus ejus loci, ubi est, subjiciunt. Quæ vero statuta actus tantum solennitatem determinant, neque rem afficiunt, neque personam, quæ de re disponit, sed formam solummodo actus determinant. In omnibus autem actibus valide expediendis ad solennia loci, ubi geruntur, respiciendum est *L.* VI. *D. de Evictione.*

# TITULUS XVI. DE TESTAMENTO MILITARI ET ALIIS MINUS SOLENNIBUS SEU PRIVILEGIATIS TESTAMENTIS [a].

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Solennitates remissæ* 1. *in testamento militis*; L. 29. ff. t. t. de testam. milit. II. *Milites vero aut in conflictu sunt aut in castris. Eodem jure utuntur personæ circa milites occupatæ.* III. *Ad præsidiarios privilegium hoc regulariter non extenditur.* IV. *Sufficit intra militiæ tempora confirmatum esse testamentum ante conscriptum.* V. *Alia singularia jura in milite.* VI. 2. *In Testamento rustici.* VII. 3. *In Testamento parentum inter liberos.* VIII. *Extraneæ personæ hoc testamento non possunt institui. Legata tamen & fideicommissa eo recte relinquuntur.* IX. *Differt ab hoc testamento nuda divisio paterna.* X. *Liberi non possunt sine solemnitatibus testari.* XI. 4. *In Testamento tempore pestis condito.* XII. 5. *In testamento in navi, vel via condito.* XIII. 6. *In testamento ad pias causas.*

I. SOLENNITATES, de quibus diximus, in quibusdam testamentis remittuntur: nimirum 1.) in testamento militis, in expeditione occupati [b], quod ex nuda testantis voluntate, sine ulla Solennitate, & absque testibus, ac quocunque modo voluerit, valet. *tot. tit. I. de milit. testam.*

II. DISTINGUITUR vero secundum CONST. MAXIM. I. *von Richtern und Notarien.* rubr. *von Testamenten* §. *und sollen* 2. inter milites, qui sunt in conflictu, & eos, qui in castris sunt (*die zu Felde liegen.*) Illorum testamentum, modo de voluntate alias, v. gr. ex scripto, constet, sine ullis testibus valet: hi vero duos testes debent adhibere. add. CARPZ. *p.* 3. *C.* 4. *d.* 26. Testamentum autem ita conditum post

a) TESTAMENTA minus solennia non eo in sensu ita nominantur, tanquam solennitas omnis in iis condendis cessaret, sed in ea potius significatione, ut non eas solennitates præcise requirant, quæ in testamento condendo regulariter adhibendæ sunt. Nam omne testamentum minus solenne expressam legis dispositionem præsupponit. Nec ideo aliæ solennitates cessant, quam quas lex remisit. Imo praterea eæ solennitates adhibendæ sunt, quas lex in locum earum, quas remisit, surrogavit.

b) RATIONEM privilegii testamenti militaris alii cum Triboniano vi *princ. J. de testam. milit.* in imperitia militum collocant, alii e statu expeditionis derivant, qui tot solennia non admittit, quæ in otio & pace adhiberi possunt, & ideo *L. unic. pr. de bonor. poss. ex testam. milit.* in subsidium vocant, alii denique a statu militari Romanorum, qui militem lectum non mercenarium habebant, deducunt, ut sic premium esset, quo cives ad militiam subeundam allicerentur THOMASIUS *Dissert. de prim. initiis success. testam.* §. *XVIII.* Sed, quod ad priorem attinet rationem, utut eam Ulpianus quoque in *L. I. D. de testam. milit.* suam faciat, nec aliam ipsi privilegii conditores loquantur, vera tamen non est; cum certissimum sit, olim multos castra secutos esse, qui juris scientia excellebant. Tertia vera est, si jus Romanum ante tempora Justiniani spectes. Nam tum temporis privilegium omnibus militibus datum esse, ob ipsam conditionem, in qua vivebant, ut jure privilegiato testarentur, atque ideo nullam locum sibi vindicasse distinctionem, nec temporis, nec loci, ubi essent constituti, sive in expeditione, sive alibi, sive in hybernis, in stativis, in ædibus, ex textu ULPIANI, qui *Fragment. Tit. XXIII.* §. X. extat, docui ipse *in Constit. omiss. Manip. II. obs. VI.* Et olim quidem in procinctu solum stantes & ad prælium ituri jure militari, non tamen omnibus solennitatibus remissis, sed adhibitis tribus vel quatuor testibus, heredem nuncupare poterant VELLEJUS *Patercul. Lib. II. cap. V.* postea vero a Cæsare, Tito, Domitiano, aliisque statutum, ut militis rata esset voluntas, quoquo modo testamentum fecisset, modo de herede constaret, eumque in finem probationis gratia, si miles heredem nuncuparet, testes adhiberentur. *L. I. pr D. de testam. milit. L. XXIV. D. Eod.* §. *I. J. Eod.* add. *L. unic.*

missionem intra annum tantum [c] valet proximum §. 3. *I. d. t. l. 26. ff. eod.* Extenditur quoque [d] illud privilegium ad concionatores, consiliarios, medicos & venalitiarios castrenses. RICHT. *dec.* 38.

III. QUI vero neque in conflictu sunt, neque in castris milites, sed præsidiarii, aut in hybernis constituti, usu fori testamenta privilegiata condere nequeunt, sed jure communi testari debent, d. CONST. §. *und sollen* 2. verb. *die Ritter &c.* nisi hostis sit in propinquo, & parati illi debeant esse ad pugnam singulis momentis CARPZOV. *d. l. def.* 28. FINCKELTH. *obs.* 40.

IV. NON solum autem in militia, sed & ante militiam, non adhibitis sollennitatibus, factum testamentum subsistit, si postea testator fiat miles [e], & constet, quod jam illud velit valere, *§. 4. I. d. t.*

V. CAETERUM non tantum solennitates sunt remissæ militi, sed etiam alia singularia jura, juxta ejus liberum arbitrium, in testamento ipsius observantur. *l. 2. ff. de testam. mil.* Sic potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus *l. 6. d. t.* item duobus testamentis *l. 19. l. 35. ff. eod.* liberos præterire. *§. 6. I. de exhered. lib.* filio impuberi substituere, licet sibi non faciat testamentum *l. 41. §. fin. ff. de testam. mil.* Cessat præterea in testamento militis Lex Falcidia *arg. l. 17. ff. ad L. Falc.* Potest etiam is institui heres a milite, qui alias non possit. *l. 5. C. de testam. mil. l. 13. §. 2. ff. eod.* potest etiam miles nuda voluntate adimere rursus hereditatem, & testamentum revocare. *l. 15. §. 1. ff. d. t.*

VI. PORRO 2.) remittitur solennitas quædam rustico, vel etiam nobili ruri

*D. de bonor. possess. ex testam. milit* Secunda denique ratio ad testamenta militum temporibus Justiniani pertinet. Nam ille *pr. J de testam. milit.* & *L. XVII. C. Eod.* privilegium restrinxit magis, atque voluit, ut, cum olim miles indistincte jure militari testari posset, nunc miles solum in expeditione constitutus, respectu habito ad periculum, quod quovis momento subire deberet, privilegiatum conderet testamentum, in castris vero constitutus, duos adhiberet testes, in loco degens, ubi nullum immineret periculum, jure Communi voluntatem ultimam exponeret, quod confirmavit *Maximilianus I. loco* ab Auctore allegato.

c) POST missionem scilicet honestam & causariam. Ignominiosa missio privilegium statim irritum faciebat. Conf. de missionibus his LIPSII *Tract. de milit. Veter. Rom.* Cæterum si miles intra annum moritur, testamentum adhuc jure militari valet. Sin annum supervivit, aliud testamentum cum omni solennitate condere debet. Sin missus & iterum cinctus, & quidem intra annum, testamentum adhuc valet. Si post annum, voluntatem de novo declarare debet.

d) MILITEM enim proprie quidem nominamus, qui in numerum relatus est, & castra sequitur, sed in sensu juris privilegio militum gaudent omnes illi, qui castra sequuntur, iisque utilitatem aliquam afferunt. Certe in his, si testamentum condunt, eadem ratio adest, quæ privilegium ratione modi testandi produxit.

e) SED si accurate loqui amas, potius dixeris, militis, qui ante militiam non jure testatus est, testamentum valere, non ideo, quod tale testamentum per declarationem convalescat, sed quia miles, ut miles, voluntatem noviter exposuit. Hoc enim, ut ex Auctore constat, omnino requiritur, quamvis leges fingent, testamentum tale non ante militiam, sed in ipsa militia factum esse. Cæterum, qui, dum jure militari testari potest, jure communi testamentum conficere incipit, ante vero, quam omnes solennitates adhibere potuerit, moritur, timere tamen non debet, ne testamentum irritum fiat. Nam nihilosecius valebit jure militari *L. III. D. de testam. milit.* modo ratione voluntatis perfectum sit. Quod alias in testamento juris Communis secus est, quippe quod tam ratione voluntatis, quam ratione solennitatum perfectum esse debet.

degenti, ita, ut sufficiant quinque testes, si septem haberi nequeant [f]. vid. *l. fin. C de testam. & d.* ORD. §. *und sell &c* 2. Imo in provinciis Saxonicis firma sunt rusticorum testamenta coram parocho & duobus testibus, etiam non rogatis, ruri condita. COLER, *decis.* 35. *n.* 4 vel etiam quatuor testibus, absque parocho. RICHT. *decis* 28. *n.* 6.

VII. PRIVILEGIATUM 3.) testamentum est parentum inter liberos: quo liberi legitimi absque ullis solennitatibus, per nudam parentum voluntatem, heredes instituuntur: adeoque si [g] propria manu patris vel matris perspicue, expresso anno & die, scriptum. *l.* 21. §. 1. *C. de testam.* vel saltem subscriptum CARPZOV. *p.* 3. *C.* 4. *d.* 17. & 18. testes nullos desiderat; Si vero sine scripto sit exposita voluntas, ad eam probandam duo testes requiruntur. *auth. quod sine C. de testam. Nov.* 107. *c.* 1. MAULIUS. *tr. de ult. volunt. tit.* 11. *n.* 19.

VIII. EXTRANEAE vero personæ heredes in tali testamento non possunt institui; atque si instituantur, valet testamentum solum, quod liberos attinet *d. l.* 21. §. 1. *in f. C. de test. l. ult. C. fam. hercisc.* At legata & fideicommissa recte eo relinquuntur uxori, aut extraneis personis, si duo testes adhibiti [h], quæ a liberis veniunt præstanda. Exheredatio vero liberorum [i] in tali privilegiato testamento, secundum communiorem sententiam non potest fieri, add. CARPZOV. *p.* 3. *c.* 4. *d.* 19. *seq.*

IX. DIFFERT ab hoc testamento nuda divisio paterna, qua parentes heredes non instituunt liberos, sed iis assignant, quam partem ab intestato quisque capere

f) ERGO hodie hoc privilegium non adeo magni erit momenti, quia copia testium pleromque & ruri haberi potest. Hoc tamen hodie adhuc habebit utilitatem, quando *d l. fin. C. de testament.* permittit, ut in testamento ruri confecto omnes testes testamentum proprio chirographo signare non debeant, sed pro imperito literarum alter testium subscribere possit. Sicut nec hoc omittendum est, quod ille, qui testamento ejusmodi coram quinque testibus condito objicit, plures testes eo momento, quo solennitas peracta est, haberi potuisse, id ipsum probare sine dubio debeat, cum sæpius, qui ruri degunt, vel agriculturæ operam dant, vel in urbe negotiationis caussa sunt, ut eos conveniendi non detur locus.

g) TU nota, ad validitatem testamenti parentum inter liberos hæc requiri, ut præter voluntatis declarationem I) liberi heredes instituantur STRYCK. *Cautel. testam. cap.* X §. X. II) inter solos liberos dispositio fiat vid. Aph. seq. III) annus & dies addatur AUTH. *quod sine C. de testament.* IV) omnia literis integris scribantur BÖHMER. *Diss. de script. non legib. cap. III.* V) nomina liberorum specialiter exprimantur *d. authent.* VI) integrum testamentum testator vel sua manu scribat, & tum valet, etiamsi non subscripsit, modo de feria, certa & constanti voluntate non sit dubium, vel ab extraneo scriptum subscribat. Quod enim in NOVELL. *CVII. cap. I.* statutum, ut parentes propria manu filiorum nomina & cætera scribant, id postea per NOVELL. *CXIX. cap. IX.* mutatum est vid. STRYCK. *Cautel. Testam. cap. X.* §. XX.

h) SED non desunt, qui, si personæ extraneæ admisceatur, nullos testes cum SCHILTERO *Exercit. XXXVIII.* §. *CXXIV.* desiderant. Sunt etiam, qui quinque testes adhiberi volunt cum BRUNNEMANNO *ad auth. quod sine C. de testam. n.* 18. Sed prior sententia cum NOVELL. *CVII. cap. I.* pugnat, quippe in qua testium adhibendorum mentio fit. Atque hæc testes adhibendi necessitas imposita alios movit, ut ad numerum quinarium respicerent, cum in materia ultimarum voluntatum testium appellatione non duo intelligantur, sed quinque minimum desiderentur. Usu tamen fori, minimum Saxonici, invaluit, ut duo testes sufficerent, vid. CARPZOV. *P. III. Const. IV. def. XX.* BERGER. *P. I. Resp. CCLVI.* Idem placere Helmstadiensibus testatur LEYSER. *Spec. CCCLXVII. med. VI.*

i) CUJUS opinionis rationem hanc reddit Auctor *Syntagm. Jur. Civ. Ex. XXXII. th. XIX in fin.* ne, quod in favorem liberorum introductum est, in eorum odium detorqueatur.

debeat [k]. *d. l. ult. C. fam. hercisc.* Uti vero institutio in testamento: ita hæc divisio inæqualiter fieri potest, modo salva sit legitima CARPZOV. *p.* 3. *C* 4. *d.* 22. *n* 9. *seq.*

X. CAETERUM non vice versa liberi suos parentes instituentes, sine solennibus testari possunt. HARTM. PISTOR. *L.* 1. *q.* 1. *n.* 18.

XI. PRIVILEGIATUM 4.) testamentum est tempore pestis conditum, in quo quidem jure Romano de numero testium nihil remittitur, sed tantum consociatio. *l.* 8. *C. de test.* Moribus tamen tempore pestis vel alius morbi contagiosi, duo testes, etiam fœminæ, sufficiunt. Requiritur autem a Doctoribus ut testator vel ipse decumbat, vel domus ejus infecta sit. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 4. *d.* 4. Quamvis alii statuant sufficere, quod pestis in loco tantum grassetur [l]. BERL. *p.* 3. *concl.* 5. *n.* 23. Testamentum hoc ita semel conditum, si isto tempore non decedat testator, non in perpetuum, uti sentit CARPZOV. *d. c.* 4. *def.* 5. sed tantum anno, postquam cessavit pestis, valere videtur. *arg.* §. 3. *I. de testam. mil.* FERNANDUS VASQUIUS *de success. testati & intest. Lib.* 2. §. 30. *n.* 50. FRANCISCUS de BARRI *tr. de success. Lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 8.

XII. SIMILITER 5.) testamentum, coram duobus testibus conditum, volunt valere [m] Doctores, si quis v. gr. in via vel navi moribundus testetur, & plurium testium copia haberi nequeat. MEVIUS *ad Jus Lubec. p.* 2. *tit.* 1. *a.* 2. *n.* 59. *& seqq.*

XIII. DENIQUE 6.) privilegiatum est testamentum ad pias causas. *c.* 11. *X. de testam. & c.* 4. *eod.* in quo quidem alii necessario duos testes requirunt. CARPZOV. *p.* 3. *c.* 2. *def.* 33. Verior tamen videtur sententia, quod scriptura sufficiat, ex qua certo constat de voluntate disponentis, etsi testes non adsunt [n]. REUSNERUS *de testam.*

Verum privilegiata testandi ratio parentum potius, quam liberorum, favorem respicit. Cumque parentibus obligatio sit imposita, ut liberos vel heredes instituant, vel exheredes scribant, certe, quia institutio in testamento minus solenni fieri potest, exheredatio etiam recte fiet, cumprimis deficiente lege prohibitiva STRYCK. *Cautel. testam. cap.* X. §. *XVIII.*

*k*) ET hic vel patris vel liberorum subscriptio sufficit Nov. *XVIII. cap. VII.* Imo cautela est, ut utrorumque subscriptio adhibeatur, quo ipsa divisio pacti instar valeat, nec ex capite læsionis facile revocetur. Caveant tamen parentes, ne legitimam lædant, *L. fin. C. famil. hercisc.* neve heredes liberos instituant, cum in eo testamentum parentum inter liberos & divisio paterna essentialiter differant.

*l*) NEC immerito. Nam facile ex *L. VIII. C de testament.* apparet, privilegium non testatoris, sed testium magis rationem habere, quorum copia & numerus pestis tempore uno momento non facile potest haberi. Quapropter privilegium recte extenditur ad omnes morbos contagiosos, qui terrorem incutiunt. De eo vero, an sufficiat, pestem grassari in loco, utrum necesse sit, ut domus testatoris infecta sit, Doctores Saxonici non conveniunt, ut ex Auctore constat. Sed si res ex principiis Jurisprudentiæ Saxoniæ Electoralis conficienda est, ob expressum textum in *Constit. Elect. IV. P. III.* Carpzovii sententia erit præferenda add. PHILIPPI *ad Decis. Elect. XLII. obs. II.* WERNHER, *P. V. obs. LXXIV.*

*m*) SED absque lege, ceu fuse demonstrat STRYCK. *Cautel. testam. cap. XIV. per tot.* Certe extra legis dispositionem jura specialia de casu ad casum non sunt extendenda. Quare etiam CORNELIUS VAN ECK *pecul. Differt.* negat, parturientis mulieris testamentum privilegiatum esse posse. Quam opinionem quidem iniquam dicit LEYSER. *Spec. XIV. med. V.* & parturientis testamentum, in quo condendo fœminæ solum testes adhibitæ sunt, valere debere contendit, cum necessitas non habeat legem, & tempore partus virorum præsentiam regulæ decori impediant. Verum sola necessitas id operari non poterit, ut a lege recedamus, cum alias eo prætextu in aliis quoque casibus vis legum facile everti posset.

*n*) QUAE sententia *c. XI.* X[ti] *de testam.* omnino conformis est, ut ratio adjecta, & canones conciliorum, ad quos provocat Pontifex, in-

*p.* 4.

*p. 4. C.* 12. *num* 5. & 10. RICHTER. *d. Decis. num.* 15. & 16. Dicitur autem piæ causæ relictum, quod ecclesiis, hospitalibus, scholis, viduis, captivis, vel etiam ad opera publica relinquitur. Statuunt vero Interpretes, quod in tali testamento etiam valeant legata aliis, seu extra piam causam, relicta *arg. l.* 21. §. 1. *C. de testam. Nov.* 107. *c.* 1. & 2. Heredis tamen institutio extra piam causam erit nulla.

ADD. *Lib.* 2. *tit.* 11. *I. de militar. testam.*

## TITULUS XVII. DE HEREDUM INSTITUTIONE IN GENERE, ET IN SPECIE, DE LIBERIS ET POSTHUMIS, UT ET PARENTIBUS, ET FRATRIBUS SORORIBUSVE INSTITUENDIS VEL EXHEREDANDIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Heredis institutio pertinet ad essentiam testamenti.* L. 28. ff. t. 5. de heredib. instituend. II. *Institutio debet esse* 1. *certa,* 2. *libera,* 3. *non captatoria,* 4. *certum heredem exprimens.* III. *Heredes quidam necessario sunt instituendi, vel exheredandi.* L. 28. ff. t. 2. de lib. & posthum. hær. inst. vel exhær. IV. *Nimirum* 1. *liberi quicunque.* V. & VI. *Forma exheredationis liberorum.* VII. *Qua non observata testamentum quoad institutionem est nullum.* VIII. 2. *Parentes.* IX. 3. *Fratres & sorores.*

I. HEREDIS institutio pertinet ad formam, & essentiam testamenti, & caput & fundamentum totius testamenti appellatur*. §. 34. *I. de leg.* nihil vero interest, an primo, an medio, an ultimo loco exprimatur, *d.* §. 34.

II. IPSA institutio in genere ut sit legitima, requiritur† 1.) ut ex ista de certa

dicant. STRYCK. in *Not. ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. XII. §. IV.* Servatque ideo usus fori hanc opinionem, quod talis dispositio, nullis testibus intervenientibus, modo voluntas probari possit, subsistat LYNCKER. *Cent. III. Decis. CCXXVI.* STRYCK *Cautel. testam. cap. XII. § III.* WERNHER. *P. I. obs. XXI.* Indeque sine dubio est, quod lis, si heres voluntatem defuncti neget, inficiando crescat. Cæterum piæ causæ relictum id censetur, ad quod relinquendum testatorem singularis pietatis ratio movit, quæ ipsa tamen, cum sæpius a superstitione proveniat, ipsam dispositionem satis impiam plus simplici vice producit.

*) ATQUE sic testamenta omnem vim ex institutione heredis accipiunt. Quare olim hæc ipsa institutio prius peragenda erat, quam testator de reliquis testamenti capitulis voluntatem suam exponeret. PAULUS *Lib. III. Sententiar. Tit. VI. §. II.* Quod tamen postea mutatum, utque testatoris magis voluntas, quam scripturæ ordo inspiceretur, dispositum est. Quamvis constitutionem ipsam merito desideres, quod doceri in *Const. omiss. Manip. III. obs. VIII.* Utut itaque testamentum, in quo heres non est institutus, non possit non corruere, non tamen hodie præcise requiritur, ut verbis dispositivis & directis fiat institutio, sed qualiacunque verba sufficiunt, quibus testator voluntatem suam heredis intuitu declarat, per expressam *L. XV. C. de testamentis.* Sic verba communia etiam *haben, behalten, vermachen, theilen,* de institutione accipiuntur CARPZOV. *P. III. Const. IX. def. VII.* BERGER. *P. I. Resp. LXXVIII.* WERNHER. *P. III. obs. CCXXVI. P. VII. obs. XIX.* LEYSER. *Spec. CCCLX. med. I. seq.* Quæ cum ita sint, nec institutis nocebit, quod sint in conditione positi, utut antiquo jure id ipsum institutionem non operaretur *L. VIII. si quis omiss. caus. L. CXIV. §. III de hered. instituend.* Erant autem illi in conditione positi, qui non expresse instituti, sed sub conditione nominati, alio herede substituto v. c. Si Sejus heres non erit, Sempronius heres esto. Hic enim non Sejus, sed Sempronius heres instituitur, Sejus autem in conditione positus est.

testatoris voluntate constet q. *l. 62. § 1. ff. de hered. instit.* Hinc in alterius arbitrium simpliciter collata non valet. *l. 32. ff. de hered. instit.* valet tamen, si per relationem ad aliquam schedulam, etiam non solennem, qua sit expressa, fiat. *arg. l 38. ff. de condit. & demonstr. l. 77. ff. de hered. instit. l. 25. ff. de reb. dub.* PINGITZER. *quest. Saxon. 13. n. 1.* 2.) ut sit libera, non importunis sollicitationibus extorta. HARTM. PISTOR. *l. 2. q. 29. n. 6.* vid. JOH. A SANDE *decis. Fris. Lib. 4. tit. 1. d. 11.* 3.) ut non sit captatoria r, h.e. eo animo facta, ut alterum inducamus, quo hereditatem nobis vicissim relinquat. *l. 70. l. 71. ff. de hered. inst.* 4.) ut de certa heredis persona inde constet s. *l. 62. §. 1. eod.* Sufficiens tamen certitudo subest, quando pia causa, v.gr. pauperes, it. ec-

p) PRAETER requisita ab Autore enumerata id etiam agere debet testator, I) ut de bonis disponat, quae suae dispositioni sunt subjecta II) ut de universis bonis disponat. Nam legibus adversum erat, ut quis pro parte testatus pro parte intestatus decederet *L. LV. de Legat. I. L. VII. de Reg. Jur.* Quare etiamsi heres ex certa re solum institutus sit, nec tamen testator in reliqua hereditate coheredem scripserit, ille totam capit hereditatem *L. I. § IV. de hered. instit. §. V. J. Eod.* Ex eodem principio id etiam profluxit, quod jus accrescendi locum habeat inter plures cohaeredes & collegatarios, si unius portio vacet. Multum tamen interest, ut hoc in casu, ubi institutio in certa re facta est, dijudicemus, quem institutus respectum sustineat, utrum heredis, an legatarii. Sed otium nobis in hoc argumento jam fecit LEYSER, *Spec. CCCLXI. per tot.* qui omnem rem his regulis conficit: Quoties is, qui in re singulari heres scriptus est, coherede alio vel simpliciter vel in parte certa dato concurrit, cum coherede & simul consideratur, toties legatarii tantum juribus fruitur. Quando vero sine coherede illo solus, aut intuitu extraneorum spectatur, tum in omnibus pro herede est habendus. Et sic si coheres adiit hereditatem, locum non habet jus accrescendi. Sin coheres deficit, is, cui singularis res est adscripta, jure accrescendi omnem capiet hereditatem. III) Ut tempus institutioni non adjiciat, neque ut terminum ex quo, neque ut terminum ad quem. Ibi enim iterum obstaret regula, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. Hic obest ratio, quod semel heres factus non possit desinere heres esse. Tempus itaque detrahitur, nisi ea intentione a testatore adjectum sit, ut tempore elapso hereditas per modum fideicommissi restituatur.

q) HOC est, ex certa scientia & animi sententia facta sit. Quare I) error in persona omnino vitiat institutionem *L IX. D. L. VII. C. de hered. instituend.* quando ita comparatus est, ut ex aliis indiciis haut colligi possit, de quo herede testator cogitaverit. Neque enim falsa demonstratio per se, neque error solus in nomine heredis invalidam reddit institutionem *§. XXIX, seq. J. de Legat. L. XXX. D. de testament. tutel.* Imo ne demonstratio quidem contumeliosa institutioni obest *L. XLVIII. §. I. D. de hered. instituend.* II) testator denominationem heredis tertio committere, & voluntatem suam in alterius arbitrium aperte conferre non potest *L. XXXII. de heredib. instituend.* Quod quidem Jure Canonico secus esse volunt, atque in *cap. XIII. X. de testament.* testatori cuicunque voluntatem suam voluntati alterius committendi facultatem concedi existimant. Sed fallunt. Loquitur enim capitulum de dispositionibus clericorum, nec tamen de omnibus, sed de iis solum, quae ad pias causas respiciunt, & de bonis clericorum non patrimonialibus conceptae sunt BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib III Tit. XXVI. §. L.*

r) QUAE dicitur, quando institutionis conditio ad secretum alienae voluntatis confertur, id est, si quis hereditatem pollicetur ea conditione, si heres eum vel alium heredem instituat *L. LXX. de hered. instit.* Quare semper in futurum, non in praeteritum fit. *L LXXI. Eod.* Si tamen quid video, Romani captatorias institutiones ideo damnant, quia pactum successorium sub iis latet, quod contra bonos Romanorum mores est. Hac vero ratione in Germania, ubi pacta successoria valida sunt, non deerunt institutiones captatoriae, maxime in testamentis reciprocis conjugum & pactis dotalibus.

s) ET ita quidem, ut institutio possit habere effectum. Quamvis enim tot instituere testator possit heredes, quot velit, in infinitum, ut loquitur *§. IV. J. de hered. instituend.* res ipsa tamen docet, semper eo respiciendum esse, utrum

clesia vel civitas instituitur heres. *l.* 8. *l.* 12. *C. de hered. inst.* Maulius. *tr. de ult. volunt. tit.* 16.

III. Sunt autem quidam heredes necessario instituendi, vel exheredandi, quidam pro lubitu instituuntur. Necessario instituendi, vel exheredandi [t] sunt 1.) liberi. *l.* 30. *ff. de lib. & posthum. inst.* 2.) si hi non adsunt, parentes. *Nov.* 115. *c.* 4. & 3.) quadam ratione fratres & sorores, nimirum si persona infamis, vel levi macula laborans, instituatur, & ita fratri praeferatur. *Nov.* 22. *c.* 47.

IV. Liberos quod attinet, secundum jus Novellarum non amplius est, quantum hanc institutionem & exheredationem attinet, differentia inter suos & emancipatos, nec inter patrem & matrem, sed omnes liberi, cujuscunque sexus, & cujuscunque gradus sint [u], a parentibus, vel etiam aliis ascendentibus, sive in paterna, sive in materna li-

voluntas exitum invenire possit. Nihil enim ageret sine dubio testator, qui totum mundum institueret. Generatim itaque incertitudo inextricabilis vitiat testamentum. Si tamen heredis persona ex eventu, vel ex probabili testatoris voluntate fieri possit certa, valebit institutio. add. §. XXV. *J. de legat.* Sic pauperibus generatim institutis leges pauperes in loco, quo vixit testator, intelligunt *L. XLVI. & XLIX. C. de Episc. & Cleric.* institutionem Sancti, Ecclesiae, quae ab eo nominatur, prodesse jubent *L. XXVI. C. de SS. Eccles.*

*t*) Olim ex Legibus XII. Tabularum liberum Patrisfamilias ubique erat arbitrium, quid de facultatibus suis statuere vellet, liberosque pro lubitu praeterire, instituere vel exhaeredare poterat *L. XI. D. de liber. & posthum.* Atque hanc legislatoriam potestatem etiam memorat Cicero *Lib. I. de Oratore cap. XXXVIII.* Hoc solum interpretatione prudentum invaluit, ut pater, qui liberos suos sine justa causa praeteriisset, moraliter furiosus, ejusque voluntas ultima inofficiosa diceretur. Postea cautum est Legibus, ut pater filios suos, quos in potestate habebat, vel institueret, vel nominatim exheredaret Ulpianus *Fragment. tit. XXI.* §. *XXII.* Hac itaque ratione, ut de neglecto officio paterno liberi quererentur, non amplius erat necesse, cum ob praeteritionem testamentum ipso jure fieret nullum. Verum hucusque neque matri exheredandi liberos imposita erat necessitas, quippe cujus silentium instar exheredationis erat §. *VII. J. de exhered. liber.* neque pater filiarum intuitu eandem observare debebat formam, quam respicere debebat, ubi de exheredandis filiis cogitabat. Filias enim inter caeteros, id est generatim non addito nomine exheredare poterat. Demum *L. IV. C. de liber. praeter.* hanc inter masculos & foeminas sustulit differentiam. Denique discrimen inter patrem & matrem, liberos, qui in potestate essent, & emancipatos, intercedere noluit Novella *CXV. cap. III.* regulamque struxit generalem, liberorum exheredationem nullam esse, si causa justa, eaque lege approbata, non esset addita, iniquam vero & inofficiosam, si ex praescripto legum exheredatio quidem facta esset, heres tamen causam additam probare non posset. Quod utrumque eum habebat effectum, ut testamentum quoad heredis institutionem corrueret. Idque ad ascendentes etiam suo modo, ut & ad fratres & sorores per Novell. *XXII. cap. XXXVII.* applicatum est.

*u*) Imo & posthumorum habenda est ratio, quod jure antiquo secus, cum, ex principiis Stoicorum, pro parte viscerum maternorum habiti, ne jure hominum quidem uterentur. Sunt tamen postea & jura hominum & jura liberorum iis tributa, quod alibi dixi. Et quamvis leges praecisam eos instituendi necessitatem haud imponant testatori, volunt tamen, ut post testamentum confectum nati voluntatem ultimam rumpant. Idque sine distinctione, sive post humatum patrem, sive post testamentum conditum nascerentur, sive denique juris intellectu per successionem in locum patris, per adoptionem vel legitimationem patri quasi agnascerentur. Alii enim posthumi legitimi sunt, alii Aquiliani, alii Vellejani, alii Juliani, alii denique Corneliani, de quibus egimus in *Consiis. omiss. Manip. III. obs. VII.* add. Stryck. *de Cautel. testamentor. cap. XVI.* §. *VII.* Ne igitur deesset formula, tum posthumos eventualiter instituendi, tum hoc ipso praecavendi, ne testamentum rumperetur, varias veteres excogitarunt formulas, quas

nea, sunt vel instituendi, vel legitime exheredandi: alias testamentum erit nullum, vel saltim rescindetur.

V. FORMA exheredationis[x] liberorum, secundum jus Novellarum in hoc consistit, ut ipsa exheredationis causa inseratur[y], seu exprimatur in testamento diserte. *Nov.* 115. *c.* 3. quam causam deinde heres institutus debet probare. *d. c.* 3. Causæ vero istæ enarrantur quatuordecim in *d. Nov.* 115. *c.* 3. hisce versiculis comprehensæ.

*Bis septem ex causis exheres filius esto:*
*Si patrem feriat, vel maledicat ei.*
*Carcere detrusum si negligat, aut furiosum,*
*Criminis accuset, vel paret insidias.*
*Si dederit damnum grave, si nec ab hoste redemit;*
*Testarive vetet, se societque magis;*
*Si mimos sequitur, vitietque cubile paternum.*
*Non orthodoxus, filia si meretrix.*

VI. SUB istis tamen, tanquam sub regulis finitis & generalibus, similes vel majores causæ, vel potius singulares casus, in vita civili occurrentes comprehenduntur[yy],

vide in *L. XXIX. de liber. & posthum. instituend.* Sed post *L. XV. C. de testament. & L. ult. C. de posth. hered. instituend.* quæ verborum solennitatem tollunt, & voluntatem magis testatoris inspiciendam jubent, nil interest, quibus verbis utatur testator, modo posthumos instituat.

x) UT subsistat exheredatio, sequentia requiruntur I) verba dispositiva, quæ dubium de intentione exheredationis non relinquunt. Quare sub conditione institutus, sub contraria non censetur exheredatus *L. XVIII. pr. de bonor. poss. contra tabul. L. III. §. I. de liber. & posthum. heredib* nisi hoc expresse dixerit testator *L. IV. C. de substit. & instit. L. LXXXVI. de hered. instituend.* II) verbis expressis, non silentio III) deliberato animo. *L. XIX. C. de inoffic. testam.* Nocebit tamen exheredatio ex calore iracundiæ facta, si pater voluntatem non revocaverit. IV) ut fiat in testamento. *§. III. J. de Codicill.* Utrum tamen solenne vel minus solenne sit, nil interest. V) A tota hereditate. In parte institutus queri non potest. VI) Ex causa justa legibus approbata, & expresse adjecta NOVELL. *CXV. cap. III.*

y) ALIA itaque causa, quam Novella non approbat, nullam & injustam facit exheredationem, modo tamen hæc non sit facta bona mente *L. XII. § II. de bon. libert.* Hanc enim leges disertis verbis permittunt *L. XLVII. Eod.* Sunt autem duo casus in legibus sigillatim approbati, in quibus talis exheredatio subsistit. Alter est in *L. XVI. §. II. de Curator. furios.* ubi patri filium furiosum & prodigum præterire, & nepotes ex eo heredes scribere permittitur. Alter est in *L. XII. de bon. libert. & L. XVIII. de liber. & posthum.* ubi facultas conceditur patri filium impuberem prætereundi, heredemque extraneum instituendi, lege dicta, ut filio, puberi facto, hereditatem restituat. Verum dubium non est, extra hos casus etiam valere exheredationem bona mente factam, cum *d. L. XLVII. de bon. libert.* generalis, & ubique paritas rationis, ut pater filio consulat magis, quam præjudicium inferat, subsit, præterea etiam leges reliquæ allegatæ alios casus non excludant. Quæ cum ita sint, exheredationem filii obærati bona mente factam subsistere CARPZOV. *P. III. Const. IX. def. XI.* & LEYSER. *Spec. CCCLVIII. med. I. sq.* recte defendunt. Eundemque in modum JCti Jenenses responderunt interrogati Mens. Novembr. 1716.

yy) ALIAE itaque & diversæ causæ propter expressam legis dispositionem exhæredationem non operantur. WERNHER. *P. IV. obs. CXLI.* Quæ vero sub expressis comprehenduntur, eidem omnino locum faciunt. Et sic, quod de filio cum noverca concumbente asseritur, recte ad filiam, quæ rem cum vitrico habet, applicatur. Perinde etiam est, sive filius ipse, sive per alium, patrem injuria afficiat. *Præterea* etiam legibus provincialibus nonnunquam causis in Novella enumeratis aliæ superadditæ reperiuntur. Sic in Saxonia Electorali parentibus exhæ-

modo ejusmodi sint injuriæ [s], quæ ad ipsos parentes spectant. add. MENOCH. *de arbitr. jud. quæst. l. 2. cent. 3. cas. 267. num. 6.* IUL. CLAR. *rec. 3. §. testamentum. quæst. 41. num. 2.* CARPZOV. *part. 3. const 14. def. 10. ubi decisum refert, patrem Augustana religionis non recte exheredare filium, Pontificia religioni addictum.*

VII. SI vero parentes liberos vel plane prætereant, h. e. ipsorum non faciant mentionem in testamento; vel exheredent quidem, sed non exprimant causam exhereditationis justam, testamentum quoad institutionem heredis non habet vires, sed filius præteritus, vel non legitime exheredatus, ab intestato admittitur ad hereditatem, reliqua vero capitula extra institutionem, ut legata, fideicommissa, tutoris datio, nihilominus sunt firma. *d. Nov. 115. c. 3. in f.*

VIII. SIMILITER liberi parentes debent instituere, aut exheredare ex certis causis, exprimendis in testamento, *d. Nov. c. 4.* ubi etiam istæ causæ enarrantur, & his versibus breviter includi solent:

> *Si pater accusat capitalis criminis, aut se*
> *Adjungat mimis, vitæque est insidiatus;*
> *Testari prohibet gnatum; ditumque venenum*
> *Preparet; inclusum si carcere, vel furiosum*
> *Negligat; & veram contemnat religionem.*

IX. DENIQUE fratres & sorores eo solum casu, quo ipsis turpis persona, vel levis notæ macula laborans præfertur, exheredandi vel instituendi sunt. Causæ vero exheredationis habentur in *Nov. 22. c. 47.* nimirum 1.) si quis fratri mortem inferre, vel 2.) eum criminis accusare, vel 3.) substantiæ inferre jacturam voluerit. add. DONELL. & HILL. *6. comm. 15.* Non autem hæc forma hic præscribitur [ss], quod causa expresse sit inserenda testamento, sed sufficit simpliciter exheredasse: & tunc fratri exheredato incumbet, ut si inique se exheredatum esse dicat, probet, si tale quid non commisisse, sed debito modo erga defunctum fratrem se gessisse.

ADD. *L. 2. Tit. 13. I. de exheredat. Liberor.*

redatio in totum permittitur, si liberi non obstante crebriori dehortatione matrimonium invitis parentibus copula carnali consumment, quoad dimidiam vero legitimæ, si benedictio sacerdotalis accesserit BERGER. *Oec. Jur. p. m. 372. n. 5.*

s) GENERATIM Doctores atrocem injuriam exheredationi locum facere dicunt. Unde autem atrocitas æstimanda sit, non conveniunt invicem. Nam omnis injuria, quæ parentibus infertur, per se atrox est § *IX. J. de injur. L. I. §. II. D. de obsequ. parent.* Sed facile colligimus ex Novella, subintelligi injuriam, quæ atrox est ex aliis etiam causis, quam persona patris, id est, quæ in extraneo etiam talis est. Quamvis non præcise requiratur, ut patri a filio crimen contra leges patratum objiciatur LEYSER, *Spec. CCCLVII. med. I.*

ss) ID facile concesserim, I) fratrum intuitu jus antiquum, quod hoc in casu mutatum non reperitur, observandum, sic vero non opus esse, ut causa exprimatur II) testamentum totum corruere, si ex lite de inofficioso testamento mota frater victor redeat. Quod autem addunt, fratre exheredato causam adjectam non ab herede instituto probandam, sed ab exheredato, quod gratus fuerit, judici fidem faciendam esse, id omni fundamento caret. Nam pro fratre certe non militat solum præsumtio delicti exclusive, sed & causa non adest, quare heredem affirmantem, fratrem ingratum fuisse, ab onere probandi liberemus. Conf. GRIBNERI *Diss. an fratres instituta querela inofficios. testam. probare debeant, se gratos fuisse.*

## TITULUS XVIII. DE HEREDIBUS EXTRANEIS INSTITUENDIS, ET DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

### S U M M A R I A.

APHOR. I. *Heredes extranei*, II. *vel unus vel plures instituuntur, partibus expressis vel non.* III. *Instituuntur vel pure, vel* 1. *adjecto die certo aut incerto.* IV. *vel* 2. *adjecta conditione possibili.* L. 68 ff. t. 7. de condit. institut. V. *eaque aut potestativa, aut casuali, aut mixta.* VI. *Hujusmodi conditiones recte adjiciuntur; sed non ita, liberis institutis.* VII. *Aliquando & negativa conditio odjicitur: quo casu opus est cautione Mutiana.* VIII. *Conditio, si non nupserit, habetur pro non adjecta. Aliud obtinet in secundis nuptiis.* IX. *Plures conditiones possunt adjici.* X. *Adimpletio conditionis.* XI. *Impossibiles conditiones habentur pro non scriptis. Secus in filio.*

I. SI liberi vel parentes non extent, sive etiam certa ratione fratres non adsint, alii heredes quilibet extranei institui possunt, modo sint habiles. vid. *tit. praeced. aphor.* 4.

II. POTEST vero vel unus, vel plures institui, si plures sint instituti, & partes non expressae, aequaliter inter se dividunt hereditatem; sin vero partes sunt expressae, illae sunt observandae. Porro si partes quidem sint adscriptae singulis heredibus, ista vero non exhauriant universam hereditatem, quod superest, pro rata inter omnes heredes dividitur [a]. vid. §. 6. 7. 8. & 9. *I. de hered. instit.*

III. INSTITUUNTUR heredes vel pure, vel sub conditione, vel etiam adjecto die. Dies aut certus est, aut incertus: ille, sive apponatur ut terminus a quo, sive ut terminus ad quem, pro non adjecto habetur [b]. *l.* 17. *ff. de R. I.* §. 9. *I. de hered. instit.* tacite vero dies inesse potest. *l.* 68. *ff. de hered. instit. l.* 52. *pr. ff. de condit. & de-*

a) ROMANI, quoties totum in partes dividere volebant, totum vocabant assem, partes uncias. Unus assis juxta legalem computationem duodecim partes habebat. Uncia erat duodecima pars. Sextans sive sexta pars assis duas habebat uncias. Quadrans, sive quarta assis portio tres uncias, unde etiam triuncium dicitur. Triens erat tertia assis pars, & faciebat quatuor uncias. Quicunx quinque uncias indicabat, semis erat dimidium assis, septunx septem, bes octo habebat duodecimas, Dodrans novem, Dextans decem unciis constabat. Deunx denique, quasi demta ex asse uncia, undecim assis partes constituebat. Ad hanc itaque assis divisionem testatores quoque in dividenda hereditate debebant respicere; Et tot quidem partes constituere, quot vellant, ita tamen, ut totum implerent. In hereditate enim, seu successione in universum jus defuncti, nil superesse poterat, de quo testator non disposuisset. Quapropter, si divisisset ita, ut assem partes non attingerent, reliquum accrescebat pro portione hereditaria. Sin vero plures, quam duodecim, fecisset partes, id, quod assem egrediebatur, pro rata iterum decrescebat. Nihilque intererat, sive testator omnibus heredibus partes adscripsisset, sive quibusdam solum, & in reliquis partium mentionem non fecisset. Quodsi tamen per partes quibusdam heredibus adscriptas hereditas jam ita esset exhausta, ut nil superesset, quod reliqui absque mentione partium instituti dividerent, Romani existimabant, testatorem ad dupondium accessisse, id est voluisse, ut ex uno asse duae fierent asses, sive viginti quatuor unciae, ut sic heredes partes adscriptas pro dimidia, alteram dimidiam heredes absque mentione partium instituti caperent.

b) REJECTO itaque temporis vitio manet institutio, ac si pure facta fuisset. Nam adjectioni diei ut termini a quo obstat regula: Nemo pro parte testatus & pro parte intestatus decedere potest. Adjectionem vero *diei* ut termini ad quem, impedit regula: Qui semel heres factus est, non potest desinere esse heres. Ut autem dies omni fideicommisso tacite inest, ita & tum, si

*monstrat.* Incertus dies aut simpliciter talis est, cum nec apparet an, nec quando, sit exiturus: & instar conditionis est, adeoque valet. *l. 75. ff. de condit. & demonstr. l. 62. ff. de hered. instit.* aut secundum quid, cum incertum est vel tantum, an sit exiturus: & itidem pro conditione est. *l. 21. pr. ff. qu. dies legat.* vel tantum quando; & similiter ut conditio se habet [c], si nimirum in persona tertii sit adscriptus: posset enim fieri, ut heres ante existentem in tertio conditionem moriatur. *l. 9. C. de hered. instit.* Sin vero ipsi instituto; pro non adjecto habetur, cur enim expectetur, quod certo in herede exiturum est?

IV. CONDITIO in genere est adjectio ejusmodi, qua actum differimus in aliquem futurum eventum seu casum. *l. 10. §. 1. ff. de condit. instit. l. 91. ff. de condit. & demonstr.*

V. DISTINGUUNTUR conditiones in possibiles & impossibiles: Possibilis est, quæ actum in futurum & incertum casum, qui contingere licite potest, & non contingere, suspendit, ita ut eo impleto seu existente, actus sive promissio valeat; deficiente, reddatur inutilis. *l. 34. §. 1. eod. l. 37. l. 39. ff de R. C.* Atque iterum alia est potestativa, alia casualis, alia mixta [d]. *l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* Potestativa est, cujus eventus dependet ab ejus voluntate, & facultate implendi, cui sub ea quid relictum, aut promissum. *d. l. un. §. 7. l. 29. ff. de condit. & demonstr. l. 4. §. 1. ff. de her. instit.* Casualis est, quæ ex alieno arbitrio, vel ex solo eventu & fortuna dependet. *l. 60. pr. ff. de condit. & demonstr.* Mixta est, cujus impletio partim a voluntate & arbitrio ejus, in quem confertur, partim a casu dependet. *d. l. un. §. 7. C. de caduc. toll. l. 4. C. de instit. & subst.* Vid. PHILIBERT. BRUSSEL. *de condition. lib. 4. tit. 2.*

VI. OMNIS generis possibiles conditiones heredis institutioni recte adjiciuntur, & usque dum existant, institutio suspenditur [e]. *§. 9. I. de hered. instit.* Liberi tamen a parentibus non, nisi sub potestativa conditione institui possunt, *l. 4. ff. de hered. instit. l. 4. C. de inst. & substit.* imo quoad legitimam etiam conditio potestativa rejici-

clausula codicillaris adjecta sit, dispositionem valere, atque institutionem directam in fideicommissariam flecti debere, existimant.

c) ET sic omnes hos casus sub unica hac regula comprehendes facile; Institutio in diem incertum facta pro conditionata habetur. In utroque igitur casu obligatio adest ad expectandum, hac tamen notata differentia, quod ante conditionem existentem nuda spes adsit, nec actio nascatur, adeoque etiam morte heredis ante conditionis existentiam, ipsa spes expiret, atque jus transmissionis ad heredes exulet. Die vero adjecto actio statim nascitur, ita tamen, ut cum effectu demum post diem instituatur, sic vero ad heredes transmittatur.

d) PROBAT hanc distinctionem Praxis. Sed rationibus rite subductis multa moneri possunt. Certe, si per casum intelligis fatum aliquod Stoicum, quod Romanorum JCtos cogitasse admodum probabile est, nulla conditio erit casualis, cum fatum necessitatem secum habeat. Sin casum de divina providentia accipis, non erit conditio potestativa.

e) MODO tamen conditio extrinsecus adjecta sit. Sunt enim conditiones, quæ ex natura rei insunt, quasque tacitas vocare solemus. Sic in promissione fructuum annalium jam est conditio, si nascantur. Similes his sunt illæ, quæ ob legem dispositivam negotio insunt, ut, promissioni dotis, conditio, si nupseris. Inter has vero & proprias conditiones hæc intercedit differentia, quod hic obligatio ante eventum non adsit, ibi vero res statim debere incipiat, suspensa interim actione, donec conditio sequatur. Sic vero tacita conditio institutionem non facit conditionalem, licet exprimatur *L. XXI. L. XLVII. L. XCIX. de condit. & demonstrat. L. XLVIII. de verb. oblig.*

tur. *arg. l.* 32. *C. de inoff. testam.* nisi facile impleri possit [f]. VASQUIUS *de success. Creat. Lib.* 4. §. 10. *num.* 224. *& de success. progress.* §. 30. *n.* 117. *& seqq.*

VII. NON solum vero affirmativa, sed & negativa conditio imponi potest: quo casu, ut id, quod relictum est, quis possit persequi, cautio admittitur [g], per quam quis id, quod sibi sub conditione possibili [h], negative concepta, relictum est, sub onere restitutionis, si contra agat, percipere potest, vocaturque cautio Mutiana, *l.* 7. *pr. ff. de condit. & demonstr. l.* 77 *§.* 1. *l.* 79. *§.* 2. *eod.*

VIII. CAETERUM conditio *si non nupserit:* item *si in viduitate permanserit;* sive mari sive fœminæ imposita, quasi non adjecta remittitur *tot. tit. C. de indict. viduit. toll.* Quod ad secundas nuptias coërcendas, in his correxit Justinianus ita, ut illis abstinere, aut legato, postquam eas contraxit, carere quis debeat *Nov.* 22. *c.* 44. *& auth. cui relictum. C. d. tit.* Add. PETRUS PECKIUS *de testam. Conjug. Lib.* 1. *c.* 24. *n.* 2. ANN. ROBERT. *rer. judic. l.* 2. *c.* 7. CHRISTIN. *decis. Belg. vol.* 4. *decis.* 39. *num.* 8. Ita etiam conditio nuptiarum, in consilium vel arbitrium alterius collata, regulariter non valet, sed pro non adjecta habetur. *l.* 72. §. 4. *ff. de condit. & demonstr.* add. *l.* 28. *l.* 106. *ff. eod.* nisi in eum finem fiat, ut certa lege ad honestiores nuptias ineundas invitetur, *arg. l.* 64. *& seq. l.* 71. §. 1. *de condit. & demonstr.* Veluti si ab avo nepos instituitur ea conditione, si ex consilio & voluntate patris matrimonium contraxerit, aut pater filiæ amplius quid reliquerit, ea conditione, si nupserit ex patrui consilio & autoritate [i] *arg. l.* 62. §. *fin. eod.* Vid. PHIL. BRUSSEL. *de condit. l.* 4. *tit.* 2. *n.* 7. *& seqq.*

IX. POSSUNT vero etiam plures conditiones adjici, quæ si conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum est: si separatim seu alternative, uni optemperare sufficit. §. 11. *I. de hered. instit. l.* 5. *ff. de condit. instit. l.* 78. *ff. de condit. & demonstr.* nisi institutio facta sit in casum, ad cujus adimpletionem plura copulative requiruntur, *arg. d. l.* 5. *de condit. instit.*

X. QUOD si heres institutus non adimpleverit conditionem ante mortem, non

*f*) SED licet impleri possit jure tamen novo nihilosecius habebitur pro non adjecta, cum gravamen legitimæ contineat, & sic ob dispositionem *L. XXXII. & XXXVI.* §. *I. C. de inoff. testam.* detrahenda sit. Plane in bonis, quæ liberis præter legitimam relinquuntur, quia in his habentur pro extraneis, quamlibet conditionem locum habere, dubio caret BRUNNEM. *ad L. IV. C. de instit. & substitut.*

*g*) EAQUE jure Pandectarum coheredem adesse præsupponit, cui præstetur, cum impossibilem *L. IV.* §. *I. D. de condit. institut.* conditionem negativam judicet, si quis solus institutus sit. Sed jure Novellarum eam etiam substitutis & heredibus ab intestato præstandam esse, discimus ex NOVELL. *XXII. cap. XLIV.* § *ult.*

*h*) SI itaque certo constet, factum præstari non posse, quod testator prohibuit, cautione plane non est opus, cum revera non sit conditio, ubi eventus certus est. Non itaque vitiat institutionem, sed hereditas pure relicta censetur *Leg. L. §. I. D. de hered. instituend.* Sigillatim itaque, quando testator instituerit sub conditione: Si Titio non nupseris, & mortuo testatore Titius jam diem obierit supremum, conditio amplius expectari nequit. vid. *L. CVI. D. de condit. & demonstrat.*

*i*) HAC itaque ratione conditiones, quæ libertati matrimoniorum obstabant, olim reprobatæ *L. XXII. L. LXXII. & L. C. de condit. & demonstrat.* in duplici casu, valide adjiciebantur, I) in odium secundarum nuptiarum, *d. Nov. XXII. cap. XLIX.* quod olim apud Romanos magnum fuisse, aliunde jam constat. II) Si bona testatoris fuisset intentio, ut heredi vel legatario consuleret præcavendo, ne imprudenter matrimonium iniret,

admit-

admittitur ejus heres eam adimpleturus [k]. *l.* 109. *ff. de condit. & demonstr. l. un. §.* 7. *C. de caduc. toll.* PHIL. BRUSSEL. *de condit. lib.* 3. *tit.* 2. *n.* 3. Si conditio mixta adjecta, eaque partim a facto heredis, partim a casu dependeat, & casu fortuito impediatur existere, heredis institutio evanescit. SICHARD. *ad l.* 1. *n.* 6. *C. de inst. & subst.* Sin vero conditio mixta partim a facto & voluntate instituti, partim a facto tertii dependeat, si ab ipso impediatur, conditio extitisse intelligitur [l]. SICH. *d. l.* GAIL. 2. *O.* 132. *n.* 6. & 7. HUN. *Enc. I. p.* 4. *t.* 7. *c.* 7. *n.* 23.

XI. IMPOSSIBILES conditiones, sive natura tales, sive jure, h. e. turpes, vid. *l.* 15. *ff. de condit. instit.* in heredum institutionibus, item fideicommissis & legatis, habentur pro non scriptis [m], seu remittuntur. §. 10. *I. de hered. instit. l.* 1. *l.* 9. *l.* 14. *ff.*

*k*) CAETERUM, quousque pendet conditio, vel curator bonorum constituitur, qui hereditatem administrat, vel etiam heredi subeuntione possessio conceditur, ex jure praetorio. De jure enim civili cautio ab herede non accipitur, nisi sit in possessione hereditatis *L. XII. qui satisd. coguntur*. Existente conditione, heredis institutio habetur pro pura, & conditionis existentia ad tempus mortis retrotrahitur. Sic vero heres scriptus omnia, sigillatim quoque fructus pendente conditione perceptos, consequitur. ZIEGLER. *Diss. de condit.* §. *CXXXI. sq.* modo hereditatem acquirat. Nam ipso jure hereditas ad eum non transit *L. XIII. D. de condition. instit.* praeterquam ad heredem suum, & eum, qui sub cautione jam adiit. Sin plane deficiat conditio, & heres in possessione fuerit, omnia idem ille restituit.

*l*) PAUCIS nota: Casualis conditio impleri potest quandocunque, *L. VII. C. de institut. & substit.* nisi ad certum tempus sit restricta *L. XCI. de condit. & demonstr.* Potestativa non nisi post mortem testatoris, ut tamen etiam sciat heres, sub hac conditione se heredem esse scriptum *L. II. D. Eod.* Idem juris est in mixta. Et sic ejus impletio ante mortem testatoris heredi non prodest, modo tamen impletio sit reiterabilis. Alias enim sufficit, si quo quomodo impleta sit *L. X. sq. D. de condit. instit. L. VII. C. de institut. & substit.* Caeterum casuali & potestativa (si heres hanc, cum possit, implere nolit) deficiente, heredis institutio evanescit. Alias, quoad potestativam & mixtam distinguunt, utrum impedimentum, ne conditio impleatur, ex facto tertii oriatur, an oriatur a mero casu. Ibi, si v. c. Caja nuptias renuat, conditionem habent pro impleta *L. III. L. XI. L. XXXI. de condition. & demonstrat.* cum testator supposuisse videatur, tertium consensurum esse. Hic si v. c. servus, qui vi conditionis manumittendus erat, moriatur, heredis institutionem iterum evanescere existimant. *d. L. XXXI. & L. XCIV. D. Eod.* Sed certe posteriori huic opinioni graviter obstat *L. LIV. §. I. & II. D. de Legat. I.* quippe quae disertis verbis legatum, sub conditione, ut servus manumitteretur, relictum, deberi tamen ait, tametsi mors servi impedivisset manumissionem, addita ratione, quod per heredem non stetisset, quo minus ad libertatem perveniret servus. Sed tamen Praxis memoratam distinctionem approbat.

*m*) QUIA heres, cui ignoranti conditio additur, in eam non consentiit, ultima tamen voluntas ita interpretanda est, ut exitum habeat. Quod in actibus inter vivos secus, quippe quos conditio impossibilis adjecta ideo vitiat, quia res agitur inter praesentes & consentientes, qui, dum impossibilia in contractum deducunt, seriam paciscendi intentionem habuisse haud videntur. Sunt tamen, & conditionibus impossibilibus, ultimae voluntati adjectis, sequentes casus probe distinguendi. Aut conditio impossibilis absolute talis, cui etiam derisoria aequiparatur *L. XIV. L. XXVII. de condit. instit. L. CXIII. §. ult. de Legat I.* adjicitur institutioni extranei heredis. Eaque institutionem non vitiat. *L. VI. L. XV. de condit. instit. L. IV. §. I de stat. liber.* si testatorem sanae mentis fuisse constet *L. XXVII. §. I. de condition. instit.* Aut ejusmodi conditio adjicitur filio heredi instituto. Et institutio plane non valet, atque testamentum nullum fit *L. XV. Eod.* Aut adjicitur conditio secundum quid impossibilis, id est, quae non omnibus, sed quibusdam solum, impossibilis est. *L. LXXXIII. de condit. & demonstrat.* Et haec si deficit, institutionem etiam cessare facit, modo tamen testator non sciverit, heredem hanc conditionem implere non posse. Alias enim adhuc pro impossibili habetur, & institutio subsistit *d. L. IV. §. I. de stat. liber.*

*de condit. instit. l.* 20. *de condit. & demonstr.* SICHARD. *ad rubr. C. de instit & substit.* SCHNEIDEW. *ad §. impossibilis conditio. n.* 1. *I. de her. instit.* SURD. *dec.* 68. *num.* 11. *&* 7. quia scilicet nihil potest imputari ei, qui non implet conditionem, quam adimplere non potest, vel lege prohibetur. vid. PHIL. BRUSSEL. *d. tract. l.* 4. *tit.* 2. *n.* 13. Quamvis vero SIMON VON LEUWEN *in Censura forens. Lib.* 3. *c.* 5. *n.* 24. *&* 25. existimet, moribus hodiernis conditionem per se impossibilem ipsam dispositionem vitiare, perindeque haberi, ac si ridicule, & ludendi animo, nihil disposuisset testator, nullam tamen rationem, nec autoritatem, nec exemplum seu præjudicium allegat, ex quo de hac consuetudine contraria constare possit. Cæterum si filius, qui in potestate est, sub conditione impossibili, aut turpi, heres scriptus fuerit, non rite erit institutus *d. l.* 15. *ff. de condit. instit.* quia scilicet indignum videtur filio, ejusmodi conditionem patrem adscribere; & quia non opus habet filius, quippe ipso jure succedens, ut remittatur ejusmodi conditio: in odium igitur ejus, qui adscripsit, & favorem filii adscripta conditio vitiat testamentum, cum liberius sit ab intestato successurus. PHIL. BRUSSEL. *d. l. num.* 14. *&* 15.

ADD. *L.* 2. *T.* 14. *I. de hered. instit.*

## TITULUS XIX. DE SUBSTITUTIONIBUS.

### SUMMARIA.

AYROR. I. *Substitutionis generalis descriptio.* II. *Alia est directa, alia obliqua.* III. *Directæ substitutionis species.* IV. *De quibus in genere quid monetur.* V. *Vulgaris substitutionis definitio* L. 28. ff. t. 6. de vulgari & pupill. substitut. VI. *Quæ effectum habet in casu noluntatis vel impotentiæ.* VII. *Alias exspirat.* VIII. *Pupillaris substitutionis descriptio.* IX. *Quæ vel est expressa vel tacita.* X. *Substituit pupillariter pater.* XI. *Substituitur liberis impuberibus.* XII. *Forma substitutionis pupillaris.* XIII. *Substitutus existente causa admittitur, etiam exclusa matre.* XIV. *Alias exspirat.* XV. *Quasi pupillaris substitutionis descriptio.* XVI. *quæ itidem vel expressa est, vel tacita.* XVII. *Sunt autem hic quædam personæ necessario substituendæ.* XVIII. *Casu existente valet: alias exspirat.* XIX. *Privilegiata substitutio:* XX. *quæ non convenit pagano, adeo ut nec regulariter vi fideicommissi subsistat.*

I. CUM aliquando accidat, testatorem vereri, ne institutus heres moriatur ante mortem testatoris, vel alias non possit, vel nolit esse heres, adeoque tunc loco ejus alteri hereditatem malit delatam: ideo licet ipsi plures heredum gradus constituere, quotquot testator voluerit, per substitutionem ⁿ i. e. heredis institu-

Aut conditio perplexa adjicitur, id est, quæ exitum non habet, & contradictionem involvit v. c. si Titius heres erit, Sejus heres esto: Si Sejus heres erit, Titius heres esto. Et hæ vitiant institutionem, quia nulla apparet voluntas, & dum alter alterum expectat, neuter heres est. *L. XVI. D. de condition. institut.* Quamvis, si rationes recte subducantur, id potius testatorem voluisse probabile sit, ut Titius & Sejus simul sint heredes, nec unus absque altero. vid. THOMASII *Vernunfftlehre cap. III. §. LXXV.*

n) CUJUS originem apte satis collocabis in cura Romanorum pro conservandis sacris domesticis, quæ interire facile nollent. Jam supra enim diximus, eam ob causam Romanos adoptiones quoque frequentasse, ut post mortem non deessent, qui sacra domestica continuarent. Idem substitutionibus efficere conati sunt, maxime, cum durus iste aditæ hereditatis effectus, ut heres ultra vires hereditatis responderet creditoribus, facile deterrere posset heredem institutum, ne adiret hereditatem, in qua æs alienum latitare poterat. Multa itaque testamenta hoc ipso fiebant destituta, ex quibus heres non esset. Quo

tionem secundo, vel ulteriori gradu factam, seu unius in alterius locum surrogationem. *l.* 1. *pr. l.* 36. *l.* 43. *§.* 2. *ff. de vulgar. & pupill. subst.*

II. ESTQUE alia directa, alia obliqua [o]: directa in specie substitutio vocatur, qua recta via, priori herede deficiente, ad substitutum devenit hereditas. *d. l.* 1. Obliqua est, quæ fit per fideicommissum, requirens alicujus restitutionem, diciturque fideicommissum universale. *l.* 57. *§.* 1. *l.* 62. §. 1. *ff. ad SCt. Trebell.* de quo inferius.

III. AGITUR hic de directa substitutione, quæ substitutionis nomine, simpliciter posito, intelligi solet. Add. CARPZ. *p.* 3. *C.* 8. *d.* 8. Dividitur hæc in vulgarem, & pupillarem, ad cujus exemplum [p] etiam introducta est quasi pupillaris, seu exemplaris; & denique accedit militaris, seu privilegiata.

IV. DE his in genere notandum, si in substitutione partes aliæ non sint expressæ, eædem partes, quæ in institutione expressæ, repetitæ censentur [q]: §. 2. *I. de vulg. substit.* add. *l* 24. *ff. eod.*

sacra domestica non poterant non perire. Quare per surrogationem heredis secundi in locum primi sibi consulebant Romani, imo in subsidium ipsos servos instituebant, ut demum, si nemo alius adiret, tamen esset, qui necessarius fieret heres. Paulo rariores postea erant substitutiones, cum leges heredi jus deliberandi & beneficium inventarii concessisset. Hodie vero, ubi substitutiones fieri videmus, eos plerumque alium habere finem, simul elucet, quod ex infra dicendis patebit.

*o*) QUAE ita a se invicem differunt. Illa fit verbis directis & imperativis, hæc precativis. Illa in testamento, hæc etiam in codicillis. Illa totam hereditatem in substitutum devolvit, hæc heredi instituto detractionem quartæ Trebellianicæ permittit. Illa fit eo fine, ne testamentum destituatur, & sic substitutus nil capit, nisi heres primus deficiat; hæc fit ea intentione, ut heres primus adeat. & secundo hereditatem restituat. Ibi heres hereditatem accipit beneficio testatoris, hic beneficio heredis primi. Sed & hoc demum inter utramque interest, quod directa, simulac heres institutus hereditatem adiit, expiret *L. XLV. de vulgar. & pupill. substit.* obliqua autem semper duret. Caterum, si dubia res fit, quam substitutionem testator cogitaverit, leges magis pro directa, quam obliqua præsumunt *c. I. de testam. in 6to.* STRYCK. *Cautel. testament. cap. XVIII. membr. I §. V.* Quia tamen allegatum capitulum præsumtionem illam ita restringit, si conveniat verbis & personis institutis, facile patet, eam ipsam conjecturas contrarias admittere. vid. exempla apud LEYSERUM *Spec. CCCLXII. med. II.*

*p*) PAUCIS nota: Inter vulgarem substitutioem & reliquas species hoc inprimis intercedere discrimen, quod in illa leges, neque in testatore, neque in herede, peculiares qualitates desiderent, sed, a quocunque testatore, cuicunque heredi eam fieri permittant, cum e contrario & pupillaris & quasi pupillaris, ut & militaris vel testatoris vel heredis vel utriusque respiciant qualitates. Porro vulgaris ea sola fit intentione, ne heres desit, reliquæ vero alium etiam finem habent adjunctum.

*q*) PRIMARIO quidem voluntas testatoris, etiam præsumta, est inspicienda *L. IX L. XXIV. de vulgar. & pupill. substit. L. XXIII. sqq. ad SCtum Trebell. L. LXXIV. de Legat. I.* Non tamen pigebit, has memoriæ mandare regulas I) heredes ex disparibus partibus scriptos sibique absque mentione partium substitutos, in tantum videri substitutos, in quantum sunt instituti *L. XXIV. D. de vulg. & pupill. subst. L. I. C. de substitut. impuber.* Idque verum esse, sive, substitutis sibi invicem coheredibus, portio deficiens obveniat jure substitutionis sive jure accrescendi, iste docui in *Constit. omiss. Manip. II. obs. IX.* II) substitutum substituti esse etiam substitutum instituti, si nempe heredi instituto, coherede substituto dato, alius iterum substitutus sit. Qua in re olim quidem gravis inter JCtorum sectas intercessit dissensio, variæque excogitatæ sunt distinctiones, quas vide in *alleg. Constit. omiss. Manip. II. obs. X.* Sed omnem litem sustulerunt Severus & Antoninus vi Rescripti, cujus summam exhibet Justinianus in § *III. J. de vulgar. substit.* III) Testatorem plus dilexisse substitutum, quam heredes ab intestato. *L. II.*

V. VULGARIS ſubſtitutio [r] eſt, quæ fit in eum caſum, quo primo gradu inſtitutus, non factus fuerit heres ex teſtamento *L. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. 3. C. de impub. & al. ſubſt.*

VI. TUNC igitur effectum hæc ſubſtitutio habet, ſi primo gradu inſtitutus heres non erit [s], quod dupliciter contingere poteſt, vel ob caſum noluntatis, uti vocant, h. e. ſi repudiet hereditatem, vel heres eſſe nolit; vel impotentiæ, ſi heres eſſe non poſſit. Et quidem alter caſus forte ſpecialiter a teſtatore expreſſus v. g. noluntatis: ſi Sempronius heres eſſe noluerit, comprehendit etiam alterum [t] non expreſſum, ſeu impotentiæ, ſecundum communem Doctorum ſententiam, ex benigna voluntatis interpretatione præſumtum. GOMEZ. *Lib. 1. Var. reſol. c. 3. n. 10.*

VII. E contrario vero hæc ſubſtitutio expirat, quando heres primo gradu inſtitutus hereditatem adit. *l. 5. C. de impub. & al. ſubſtit.* vel quando ſubſtitutus ante inſtitutum moritur: neque enim ad hujus heredem tranſmittitur ſubſtitutio *arg. l. ult. §. 5. C. de cad. toll.*

VIII. PUPILLARIS ſubſtitutio eſt, qua patresfamilias [u] liberis ſuis impuberibus, quos proxime in poteſtate habent, & in alterius poteſtatem non ſunt recaſuri, ſubſtituunt in caſum, quo heres exiſtens in ætate pupillari deceſſerit *pr. I. de pub. ſubſtit.*

IX. EST hæc ſubſtitutio vel expreſſa, quando nimirum jam dicta conditio exprimitur; vel tacita, quæ continetur in vulgari ſubſtitutione, applicata filiofamilias impuberi, cum ex præſumta voluntate patris, ſub conditione: *ſi heres non erit:* ſubintel-

*§. III. D. Eod.* Quare ne heres quidem ab inteſtato admittitur, etiamſi heres minor inſtitutus contra aditionem hereditatis reſtituatur in integrum, ſed hereditas nihiloſecius devolvitur in ſubſtitutum VINNIUS *L. 1. Select. Qu. jur. cap. XIV.*

r) QUAE iterum recte dividitur in ſimplicem & reciprocam. In illa heredi primo ſecundus ſubſtituitur. In hac coheres coheredi. Quo minorem vero utilitatem illa hodie habet, ob rationem ſubſtitutionis deficientem, eo majus emolumentum afferet reciproca, quippe qua omnes de jure accreſcendi lites, ſi unius heredis portio vacet, commode evitari poſſunt.

s) IMO & hoc attendendum, anne heredis heres poſſit admitti ad hereditatem. Tum enim hic ſubſtitutum adhuc excludit. Certe heredes ſui etiam non aditam hereditatem acquirunt, & extra ordinem ad heredes iterum tranſmittunt. Quare ſi modo heres ſuus inſtitutus teſtatori ſuperſtes fuerit, & iterum heredes relinquat, ad ſubſtitutum hereditas non pertinebit. STRUVIUS *Exerc XXXIII. th. XVII.*

t) QUOD in dubium quidem vocat HUBERUS *Prælect. ad tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. I.* Sed infirma ratione, quod odioſa non ſint extendenda. Nam cum leges in teſtatore præſumant, quod ſubſtitutum magis dilexerit, quam heredes ab inteſtato, certe hi melius excludi non poſſunt, quam ſi unus caſus alterum ſub ſe comprehendat, vid. STRYCK. *de Cautel. teſtam. cap. XVIII. membr. I. §. IX.*

u) UNICUM hujus ſubſtitutionis fundamentum eſt patria poteſtas, quæ requiritur tempore conditi teſtamenti & mortis *L. XLI. §. II. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Quare mater ita non ſubſtituit, ne hodie quidem. Quamvis enim noſtro ævo æqualis parentum in liberos ſit poteſtas, jus tamen illud ſubſtituendi patri proprium cum doctrina de teſtamentis locum ſibi in foris noſtris vi expreſſæ receptionis vindicavit. Porro, ut liberi in poteſtate patris immediate exiſtant, requiritur. Et ſic nepoti, patre intermedio vivo, ab avo ita ſubſtitui nequit. Finis interim hujus ſubſtitutionis eſt, ne filius impubes, penes quem non erat teſtamenti factio, inteſtatus moriatur. Quare iterum ultra pubertatem facta non valet. *L. VII. L XIV. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* In effectu autem, quantumvis ratione ſolennitatum unum ſolum adſit teſtamentum, dua

ligatur etiam illa [x]: *si heres erit, & antequam pubes factus, decesserit. l. 4. ff. de vulg. & pup. subst. l. 4. C. de impub. & al. subst.* Similiter e contrario sub pupillari expressa, subintelligitur vulgaris. Glossa & Doctores communes in *d. l. 4. ff. de vulg. & pup. subst.*

X. POTEST pupillariter substituere is, qui liberos in potestate habet *pr. I. d. t. l. 2. pr. ff. eod.* Mater igitur & reliqui parentes, qui liberos in potestate non habent, non possunt pupillariter substituere *dd. text.* Potest tamen mater vulgariter substituere, & substitutionem conferre in mortem impuberis, quoad bona materna, qui est casus *l. 33. pr. ff. de vulg. & pup. subst.* vid. BERL. *Decis. 111.*

XI. SUBSTITUITUR pupillariter impuberibus suis heredibus, i. e. liberis, qui proxime, seu nemine intercedente, sunt in patria potestate. *pr. I. de pupill. substit.* Ex formula tamen Legis Vellejæ, etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest. *L. 2. pr. ff. de vulgar. & pupill. substit.* add. *l. Gallus 29. §. 13. ff. de lib. & posthum.*

XII. FORMA hujus substitutionis est, ut sibi quis heredem scribat, & filiofamilias [y]. *l. 1. §. 3. ff. de vulg. & pup. subst.* (excipitur miles, qui etiam soli filio potest facere testamentum *l. 15. §. pen. ff. de testam. mil.*) tum in bonis a patre provenientibus, si filium non exheredaverit, tum in aliunde quæsitis, seu postea obvenientibus. *§. 4. I. h. t.*

XIII EFFECTUS igitur hujus substitutionis locum habet, si vel filius intra annum 14. filiave intra annum 12. moriatur, vel si liberi ante testatorem moriantur, vel alias heredes non sint. Hisce casibus succedit substitutus, omnibus legitimis heredibus etiam illis, quibus legitima alias debetur, ut matre, a bonis quoque filii, plane exclusis. *l. 8. §. 5. ff. de inoff. testam. l. 7. C. de impub. subst. c. 1. de testamentis in 6.* Quod tamen Doctores communiter restringunt ad expressam substitutionem, & volunt, licet vi tacitæ pupillaris substitutionis quis succedat, matri nihilominus legitimam deberi [z]. CARPZOV. *p. 3. C. 8. d. 1. & 2.* RICHTER. *Decis. 45.* Imo in CONSTITU-

hæc substitutio continet testamenta. Alterum sibi pater condit, in quo filium heredem instituit, alterum vi Patriæ potestatis condit filio. Hoc sequela est prioris, & sic pater sibi ipsi prius facere debet testamentum *L. I. in fin. D. Eod.* Inter utrumque testamentum vero hæc intercedit differentia, quod patris testamentum perpetuum sit, filii adepta puberiate exspiret. add. MERILLIUM *Lib III. obs. cap. XII.* Quod autem diximus, patrem sibi prius testamentum condere debere, id intelligendum de casu, quando diversis temporibus sibi heredem scribit, & filio pupillariter substituit. Si eodem tempore & uno contextu utrumque fiat, nil interest, etiamsi pater filio prius, quam sibi de herede prospiciat *L. II §. V. de vulg. & pupill. substit.*

x) QUOD hunc producit effectum, ut, sive filius heres sit, sive non, substitutus admittatur, hic quidem in tota hereditate tam patris, quam filii, ibi in patris solum hereditate.

y) INDE vero est, quod substitutio evanescat, si patris testamentum exitu careat *L. II. § I. L. X. § IV. de vulgar. & pupill. substitut.* Quod tamen ex NOVELL. *CXV. cap III.* ita temperandum, ut heredis institutio solum corruat intuitu patris, reliquis capitulis in salvo manentibus, & sic etiam salva substitutione. *Sicut* & ad hujus conservationem sufficit, ut patri heres suus existat, etiamsi a paterna hereditate abstineat *I. XLI. de acquir. vel omitt. hered.*

z) QUOD olim pater in herede, quem filio suo daret, nominando, neque matrem, neque alios filio ab intestato successuros, respicere debebat, inde est, quia jure suo testabatur, & ad legitimam uxori aliisque relinquendam non erat obligatus. Sed hoc nostris vel ideo visum est iniquum, quia pater non sibi solum, sed & filio testamentum condit, qui posterior tamen legitimam matri minimum relinquere debebat. Quare substitutionem salva eorum, quibus jure debebatur, legitima, fieri debere judicarunt.

TIONE ELECTORAL. *p.* 3. *c.* 8. singulariter statutum, quod nec expressa, nec tacita pupillari substitutione, matri legitima adimi possit. Quod ad avum, aviamve extendendum. DEC. ELECT. SAXON. *noviss.* 47. RICHT. *Decis.* 45. *n.* 22.

XIV. EXPIRAT autem substitutio pupillaris 1.) pubertate sui heredis [a]. *l.* 7. *l.* 14. *ff. de vulg. & pup. subst.* adeo ut licet in longius tempus pater substitutionem conceperit, tamen pubertate extinguatur. *d. l.* 14. *ff.* §. *pen. Inst. eod.* nisi fideicommissum subsit [b] *dd. text.* Ad brevius vero tempus v. g. 10. annos restringi potest, quibus elapsis evanescit *l.* 21. *l.* 43. §. 1. *ff. de vulg. & pup. substit.* 2.) si vivo patre impubes moriatur, vel 3.) testamentum paternum plane sit infirmatum §. 5. *l. d. t.*

XV. EXEMPLARIS seu quasi pupillaris [c] substitutio est, qua aliquis ascendentium substituit liberis mente captis, aliove vitio, ob quod ipsi testari nequeunt, laborantibus, eum in casum, si in tali conditione decesserint. §. 1. *I. d. t. l.* 9. *C. de imp. & al. substit.*

XVI. EST hæc itidem vel expressa, quæ fit verbis expressis, nimirum: *si filius meus in furore decesserit, Titium ei substituto:* vel tacita, quæ sub vulgari aut pupillari subintelligitur. *arg. l.* 4. *ff. de vulg. & pup. subst. & l.* 4. *C. de impub. & al. substit.*

XVII. VENIUNT autem hic necessario substituendi [d] 1.) liberi ejus, cui substituitur, si quos habet, ita ut saltim legitimam quilibet habeat salvam; 2.) his non

a) ET hic sufficit, ut filius ultimum anni decimi quarti diem attigerit. Nam in testamenti factione, quæ puberi conceditur, ultima dies coepta habetur pro completa *L. V. D. qui testam. fac. poss.* BACCHOV. *ad* §. *ult. J. de pupill. substitut.*

b) TUNC enim, quia omnis substitutio pupillaris ita explicanda est, ut ne ultra pubertatem extenderetur, & liberis post pubertatem testamenti factionem adimat, *L. XIV. de vulgar. & pupill. substitut.* substitutionem quoad patris bona valere dicunt, ut tamen salva sit filio legitima, & integra quartam Trebellianicam deducendi facultas CARPZOV. *P. III. Const. VIII. def. XIX.* Verum tamen, dum in §. *VIII. J. de pupill. substit.* pubertate filii substitutio evanescere dicatur, vero magis est simile, omnem vim substitutionis post pubertatem cessare, nec in vim fideicommissi sustineri posse, maxime, cum *L. VIII. C. de impuber. & al. substitut.* quam pro sententia sua allegare solent Doctores, de dispositione militis solum loquatur, & præterea *L. LXXVI. ad SCtum Trebell.* quæ novum præsidium dissentientibus afferre videtur, casum contineat, ex præsumta patris voluntate ita explicandum, ut codicillos ab intestato facere, & quem ex substitutione directa heredem esse ratio juris non pateretur, ex fideicommisso tamen, quod jure facere poterat, scribere voluisse. add. VINNIUM *ad* §. *ult. J. de pupill. substit.* & WERNHER. *P. I. obs. CCCVI.*

c) HUJUS substitutionis, quæ exemplaris dicitur, quia ad exemplum pupillaris est introducta, ut & Justinianea, ab Auctore, vi *L. IX. C. de vulg. & pupill. subst.* unicum fundamentum est pietas, humanitas, seu providentia parentum. Quare cuilibet parentum permittitur hac ratione substituendi facultas. Ut sic erret STRUVIUS *Exerc. XXXIII. th. XXXV.* quando ad Patriam potestatem respiciendum, & patri hic quoque primas esse deferendas existimet. Nam ratio, quod patris voluntas matris voluntati præferatur, vera solum est in iis negotiis, quæ a patre privative dependent, non in iis, ubi æquale parentum jus est. Nec mere theoretica est hæc observatio, sed usum præstat in quæstione, quid juris sit, si plures parentes substituerunt, & substituto hereditas deferatur. Ex mente enim Struvii substitutus a patre in paternis, & substitutus a matre in maternis, non intuitu bonorum solum, a substituentibus in filium transmissorum, sed & intuitu bonorum, filio propriorum, ita succederet. Sed verius est, in filii bonis omnes æqualiter succedere, cum omnium æquale sit jus succedendi.

d) NIMIRUM in hac substitutione ordo successionis præcise est servandus, ita quidem, ut ex pluribus in pari gradu existentibus unus substitui possit, salva tamen reliquis legitima.

extantibus fratres sunt substituendi. *l. 9. §. fin. C. de impub. & al. subst.* mater vero & pater a substituente præteriri possunt. *arg. d. tx.*

XVIII. Effectum hæc substitutio habet, si is, cui substituitur, in ista conditione moriatur. *d. l. 9.* Expirat vero eadem istiusmodi morbo non ad tempus, sed in totum recedente. *d. l. 9.* redeunte vero morbo, substitutionem quasi reviviscere communis est sententia Doctorum in *l. 43. ff. de vulg. & pup. subst.* [e].

XIX. Denique privilegiata substitutio [f] est, qua miles, etiam de bonis non castrensibus, extra castra testamentum condens, cuivis heredi a se instituto, potest directis verbis substituere alium, in casum, quo institutus decesserit, sive adjecto certo tempore & conditione, seu indefinite *l. 15. de vulg. & pup. subst. l. 8. C. de impub. & al. substit.*

XX. Paganus vero ejusmodi substitutionem verbis directis facere non potest, adeo ut nec regulariter jure fideicommissi valeat. *§. ult. I. de pup. subst.* Excipitur 1.) si in codicillis, vel quod idem est, in ultima voluntate, cui clausula codicillaris est adjecta, facta fuerit talis substitutio *l. 76. ff. ad SCt. Trebell.* 2.) si alia ratione verba testamenti possint ad fideicommissum trahi, veluti si ejusmodi verba concepta sint, quæ tractum temporis habent, aut in casum mortis heredis suspenduntur. Vid. Mantica. *de conject. ultim. vol. l. 8. t. 1. num. 21. & 31.* Anton. Faber. *ad C. l. 6. t. 8. d. 6. n. 14. & def. 8. in f.* Richt. *Dec. 46. & 47.*

Add. *L. 2. T. 15. I. de vulgari substitutione & T. 16. de pupillari substitutione.*

## Titulus XX. Quibus modis testamenta infirmentur.

### Summaria.

Aphor. I. *Testamentum vel I. est ipso jure nullum;* L. 28. ff. t. 3. de injusto, rupto, irrito facto testamento. II. *Vel II. rumpitur 1.) nativitate posthumi,* III. 2.) *reali mutatione voluntatis per posterius testamentum perfectum. Aliquando & minus solenne.* IV. *Aut deletione aut incisione testamenti.* L. 28. ff. t. 4. de his, quæ in testam. delentur, induc. vel inscrib. V. *Non sufficit nuda revocatio verbis facta; nisi accesserit lapsus decennii.* VI. *III. Irritum fit testamentum, 1. capitis minutione.* VII. 2. *Aliis eventibus.*

I. Testamentum jure perfectum usque eo valet, donec rumpatur, irritumque fiat [g]. *pr. I. h. t.* Aliquando vero & ipso jure nullum est [h].

e) Cum tamen non desint, qui recedente impedimento ipso jure substitutionem expirare existimant, cautela erit pro substituente, ut ad casum reversi impedimenti substitutionem expresse extendat. Quamvis enim hoc ipso facultatem testandi, si cesset impedimentum, liberis non adimat, efficit tamen, ut, si liberi intermedio tempore non testentur, substitutio duret Stryck. *Cautel. testam. C. XVIII. membr. III. § XXII.*

f) Eaque compendiosa etiam & breviloqua dicitur, quia miles unica formula: si heres meus quacunque ratione decesserit, substitutionem absolvit. A reliquis autem substitutionibus hanc differre per se patet. Miles enim, qui testaturus ad observantiam juris Civilis non adstringitur, nec regulas in substitutionibus expediendis præscriptas servat.

g) Testamenta variis modis infirmari, ex titulo ipso constat. JCti tamen Romani, qui in locutionibus admodum accurati erant, pro diversitate circumstantiarum testamento infir-

Hoc posterius contingit: 1.) Si solennitates desint. 2.) Si heredis institutio deficiat. §.34. *I. de leg.* vel heres institutus ante testatorem moriatur. 3.) Si liberi a parentibus, vel parentes a liberis sint præteriti, vel non rite exheredati. 4.) Si persona condens testamentum sit inhabilis. 5.) Si testamentum vi metuve, aut dolosis persuasionibus sit extortum. 6.) Si testamentum quidem sit cœptum, sed non ad finem perductum. *l. 11. §. 1. ff. de leg* 3. *l. 29. pr. ff. qui testam f. poss.*

II. FIRMUM vero initio testamentum rumpitur, quando in eodem statu manente testatore circa ipsum testamentum aliquid, quod illud vitiat, accidit [i]; nimirum primo, si post conditum testamentum nascantur liberi, qui in testamento non sunt instituti. *l. 12. pr. l. 4. l. 5. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test.*

III. DEINDE reali mutatione voluntatis [k], quæ vel fit 1. per posterius testamentum, jure perfectum, etiamsi per derogatoriam clausulam testamento suo expresserit, se nunquam de eadem voluntate velle recedere, adeoque si quid ei contrarium factum apparuerit, ratum minime fore, cujusmodi derogatione prospectum quidem intelligitur contra improvidas testationes sequentes. Unde si in posteriori contraria voluntate isti derogatoriæ clausulæ iterum expresse renunciatum non sit, posterius testamentum non valere, sed ad hoc vi, metu aut persuasione seductum præsumi, tradunt. JUL. CLARUS *Lib. III. §. testam. q. 99. pr.* MENOCH. 4. *præsumpt.* 166. PECKIUS *de testam. conjug. lib.* 1. *c.* 43. Verum per istam clausulam a priori voluntate recedendi facultas omnino adempta non est. vid. *l. 22. pr. ff. de leg.* 3. *l. 4. ff. de adim. & transf. legat.* Sic CARPZ. responsum esse testatur, etiamsi clausula ista derogatoria non

mato aliud dabant nomen. Si itaque vitium adesset in essentialibus & solemnitatibus vel externis vel internis, testamentum dicebant nullum. Si novo testamento revocaretur, vel posthumus agnasceretur, ruptum nominabant. Si testator capite diminueretur, testamentum fiebat irritum. Sin querela inofficiosi impugnaretur, dicebatur rescissum. Si denique ex testamento heres non esset, vocabatur destitutum.

*h*) OMNIS nullitas, sive in forma testamenti externa, sive in ejus forma interna reperiatur, testamentum vitiat, nec operabitur clausula cassatoria, ut testamentum nullum subsistat, cum testator in condenda lege privata adstrictus sit ad observantiam legis publicæ COCCEJUS *Diss. de clausul. testament. cap. III. n. 92. sq.* Clausula vero codicillaris testamento, cui nonnulla solennia desunt, adjecta, efficit, ut valeat instar codicilli, si modo eas adhibuerit testator solennitates, quæ ad validitatem Codicilli desiderantur, STRYCK. *de Cautel. Testament. cap. XXIII.* Cæterum inter nullitates testamenti & hoc in effectu discrimen intercedit, quod omissa forma externa totum corruat testamentum, sin vitiosa sit heredis institutio, hæc solum infirmetur, reliquis capitulis testamenti salvis.

*i*) QUOD generatim fit, quando tempore mortis testatoris heredes adsunt, qui debebant institui, sed non instituti sint, quia tempore testamenti vel non existebant, vel existebant quidem, necessario autem instituendi non erant. Sigillatim vero, si posthumus agnascitur, testamentum in totum rumpitur, nec in ulla parte subsistit. Nam NOVELL. *CXV. cap III.* jus antiquum hoc in casu non correxit, vid. VINNIUM *ad §. I. J. de exheredat. liberor.*

*k*) ATQUE hic nihil interesse dicunt, sive simplex sit testamentum, sive reciprocum, nihilosecius in posteriori casu libera cuilibet testatori manere debeat facultas a voluntate iterum recedendi, *L. XXII. pr. de Legat. III.* etiamsi clausula de non revocando addita sit LYNCKER. *Resp XXXVII. n. 12.* nisi in vim pacti hæc adjectio sit facta, RICHTER. *Decis. XXII. n.* 20. quod tamen non facile esset præsumendum LEYSER. *Spec. CCCLIX. med. IX.* Sed, quemadmodum testamenta reciproca Romanis plane incognita, & nullius momenti erant *L. XV. C. de pact.* Germani vero ea præsertim inter conjuges ab antiquissimis temporibus ita approbarunt, ut vim pacti successorii haberent, crederem ego, revocationem testamenti reciproci, si res ex princi-

sit

sit expresse revocata [l] in posteriore testamento, tamen prius esse ruptum. *p.* 3. *C.* 5. *d.* 19. Necesse vero est, ut posterius testamentum sit jure perfectum [m]. §. *ult. I. quib. mod. testam infirm.* Excipitur casus singularis, quo in posteriori imperfecto quoad deficientes solennitates instituti sunt, qui alias ab intestato essent successuri, modo quinque testes adfuerint, *l.* 2. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. l.* 21. §. 3. *C. de testam.* atque tunc posterior hæc voluntas non quidem proprie ut testamentum valet, sed ut quædam distributio hereditaria, ab ipso testatore facta.

IV. PORRO 2. reipsa mutatur voluntas, & rumpitur testamentum, si tabulæ testamenti incidantur, resignentur, aut deleantur. *tot. tit. ff. de his quæ in test. del.* Si vero pars aliqua solum sit deleta, solum illa pars mutata est, non totum testamentum. *l.* 2. *d. t.* Opus vero est, ut ista deletio, incisio aut revulsio sigillorum sit consulto facta. *l.* 1. *pr. d. t.* & quidem ab ipso testatore. Hinc si apud testatorem post ejus mortem testamentum, ademptis ita sigillis, reperiatur, præsumitur ab ipso testatore consulto sigilla ablata, aut testamentum incisum esse: sin vero penes tertium ita incisum reperiatur, testamentum non censetur revocatum. SICHARD. *in l.* 30. *C. de testam.* Non autem sufficit, involucrum testamenti esse resignatum [n], quia hoc non pertinet ad ipsum testamentum. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 5. *d.* 27.

piis domesticis decidenda esset, ab uno testatore, altero invito, vix locum habere. Nam sive dicas cum SCHILTERO *Exerc. XXIX. th. LIV. sqq.* pactum tacitum successorium subesse, sive naturam testamentorum in subsidium voces, perinde erit. Ibi enim indoles pacti revocationem impedit. Hic, ne altera pars recedat, vel hoe unum prohibebit, quod testamentum reciprocum adsit, ex quo unicuique vi mutuæ dispositionis jus quæsitum enascitur. MEVIUS *ad Jus Lubecens. P. II. Tit. I. art X n.* 31.

*l*) ET recte quidem, quamvis non desint Doctores, quos magno numero citat WERNHER. *P. I. obs. CCV.* qui contrariam defendunt sententiam. Horum enim rationes facile refelluntur per ea, quæ ex instituto laudatus WERNHERUS *d. l.* disputat. add. STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XXIV.* §. *LIII. seqq.* Idem judicium esto de clausula juratoria priori testamento addita. Nam nec hæc impedit testamenti prioris revocationem. COCCEJUS *de clausul. testamentor. cap. II. in fin.* Tota res facile conficitur ex natura legum. Testatorem enim legislatorem esse, supra probatum dedimus. Nemo vero sibi ipsi legem dicere potest, a qua non possit iterum pro lubitu recedere, maxime, si addas, heredi instituto nullum adhuc jus quæsitum esse, sed hoc demum incipere a morte testatoris. Et quidni revocaretur testamentum, cum tamen donatio mortis causa revocari possit, utut in consentientem & acceptantem collata. Sigillatim, si juramentum accesserit testamento, testator quidem, absque causa justa a priori sententia recedens, violare potest conscientiam, nova tamen ideo priori testamento non additur efficacia, cum jusjurandum novam non producat, sed veterem solum confirmet obligationem.

*m*) ID est consummatum, non ratione voluntatis solum, sed & ratione solennitatum. Sed & eo respiciendum, anne testator utrumque valere voluerit. Utut enim utrumque jure directo non valeat, valet tamen posterius jure directo, prius jure fideicommissario §. *I. J. quib. mod. testam. infirm. L. XII. §. I. D. de injust. rupt.* Præterea etiam requiritur, ut posterius post mortem testatoris integrum adhuc existat. Cancellato enim eo vel deleto prius reviviscit.

*n*) NEC sufficere, credo, ut mutatio voluntatis præsumatur, quando testator, qui antea nuncupativum condiderat testamentum, idque in scripturam redigi curaverat, hanc scripturam cancellat vel incidit. Quamvis enim BACCHOV. *ad Treutler Vol. II. Disp. X. th. VII.* defendat, facto hoc testatorem voluntatem mutatam satis declarare, haud tamen ignoramus, scripturam ad essentiam testamenti nuncupativi non pertinere, sed melioris solum probationis gratia accedere, ut sic, nisi alia indicia mutatæ voluntatis adsint, ex sola ista cancellatione sufficiens vix desumi possit pro mutatione conjectura BRUNNE-

V. NEC nuda revocatio * verbis facta sufficit, etiamsi coram septem testibus fuerit prolata. §. 7. *I. qu. mod. test. infirm. l. 27. C. de test.* CLARUS *L. III. §. testam. q 91.* Unde testamentum apud acta conditum, hoc solo quod inde repetatur, integrum tamen sit relictum, nihilominus censetur adhuc firmum, nisi revocatio expresse fiat. vid. DECIS. ELECT. *noviss.* 44. Si tamen nudæ revocationi testamenti accesserit lapsus decennii post testamentum illud conditum, revocatio erit firma. Vid. *l. 27. C. de testament.* ibique interpretes. Præterea volunt testamentum inter liberos verbis revocari posse, per *Nov.* 107. *c.* 2.

VI. IRRITUM dicitur testamentum fieri 1.) quando infirmatur, ob statum testatoris mutatum, sive maxima sive media capitis deminutione §. 4. *I. quib. mod. testam. inf.* Hodie enim minima capitis deminutione *p* non infirmatur testamentum.

VII. PRAETEREA 2.) irritum fit testamentum, quando institutus, vel etiam substitutus heres, conditionem non implet: vel etiam si heres ante testatorem moriatur: vel si heredes instituti repudient hereditatem *q*. *l. 1. ff. de injust. rupt. irrit. f. test. §. 7. I. de hered. quæ ab intest.*

## TITULUS XXI. DE INOFFICIOSIS TESTAMENTIS, UT ET LEGITIMA.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Vel IV. ut inofficiosum rescinditur.* L. 5. ff. t. 2. de inoffic. testam. II. *Hujusmodi querela ultra fratres & sorores alii non possunt uti.* III. *Non locus est querelæ inofficiosi, si legitima relicta fuerit.* IV. *Legitimæ descriptio & quantitas.* V. *Aucta etiam est, sec. comm. Dd. opinionem, parentum & fratrum legitima.* VI. *Exheredati non faciunt partem.* VII. *Repudians vero facit partem, sive numeratur inter liberos, ita tamen, ut portio ejus accrescat cæteris.* VIII. *Quæ imputentur in legitimam.* IX. *Modus computandi.* X. *Deinde non locus est querelæ, si agnita voluntas ultima patris, vel querelæ renunciatur. Et exstinguitur morte exheredati.*

MANN. *ad §. VII. J. quib. mod. testament. infirment.*

*o*) ID est, quæ non habet conjunctam novi heredis institutionem. Nam testamentum nuda voluntate non ordinatur, & sic quoque nuda voluntate non revocatur. Sed, quid his tricis opus sit, non video, cum faciliori negotio testator rem omnem abolitione testamenti conficere possit.

*p*) REQUIREBANT Romani in testatore habilitatem tempore conditi testamenti & tempore mortis. Sigillatim, qui utroque tempore liber, civis, aut paterfamilias non erat, valide non testabatur. Et si vel post testamentum conditum, cum antea habilis esset, in statum servitutis, peregrinitatis vel familiæ veniret, testamentum jure conditum fiebat irritum, nec ullum jure Civili proditum erat remedium, ut convalesceret testamentum, etiamsi testator tempore mortis iterum priorem recepisset conditionem. Quare Prætor hoc in casu, adhibita fictione, ac si, qui tempore testamenti conditi & tempore mortis habilis fuisset, semper fuisset habilis, jus civile emendabat. §. *VI. J. quib. mod. test. infirm.* Sed parum abest, quin totam hanc doctrinam hodie nullius usus esse dicam. Minimam enim capitis diminutionem hodie testamentum non infirmare, fatetur Auctor. Servos Romanos non habemus. Peregrini vero recte testantur. Quodsi vero cum status mutatione confiscatio bonorum sit conjuncta, alia certe adest ratio, cur testamentum non subsistat.

*q*) FIT igitur tum totum testamentum inefficax. Nam errant, qui legatariis & fideicommissariis eo in casu, si heres repudiat, ex NOVELLA *I. cap. I.* facultatem esse adeundi hereditatem, colligunt, cum citata lex de eo solum loquatur casu, si heres adiit, & intra annum legata solvere renuit.

I. SI causæ exheredationis, ob quas liberi parentes suos, vel hi liberos suos exheredarunt, aut præterierunt, ab instituto herede non possint probari: Similiter si fratri sororive heres infamis præferatur, nec tamen is eave legitime exheredetur; tunc testamentum tanquam inofficiosum querela rescinditur [r]. *tot. tit. ff. de inoff. testam.*

II. EXTRA vero istum casum fratres & sorores, & quilibet alii cognati præteriri libere possunt, licet testator neque in linea ascendente, neque descendente heredes habeat. *l. 1. ff. de inoff. testam.* §. 1. *I. eod.*

III. QUANDO vero liberis, aut parentibus, vel etiam dicto casu fratribus legitima sit relicta, & quidem quod liberos attinet, ut isti in ista legitima sint instituti heredes [s], testamentum querela inofficiosi non potest rescindi, §. *ult. I. d. t. Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Non vero opus est, ut tota legitimæ quantitas sit relicta, sed sufficit minimam partem esse relictam: neque enim tunc querela ista rescindi testamentum pot-

r) OLIM itaque liberi non tam exheredati (nam liberos pater jure exheredes scribebat) sed præteriti plane, querela inofficiosi utebantur testamenti, quæ, ut BYNCKERSHOECK *Lib. II. obs. XII.* demonstrat, moribus invaluit, vel potius interpretatione prudentum, qui, dum Lex XII. Tabularum furiosi testamentum invalidum judicaret, liberis, patrem furoris quasi arguere, eoque colore uti permittebant, testatorem, qui de liberis, quorum causa tamen acquireret unusquisque, non cogitaret, sanæ mentis haud fuisse. Sic vero injuriam sibi præteritione illatam vindicabant liberi, quo etiam fit, ut ad exemplum aliarum actionum, quæ ad vindictam tendunt, hæc querela heredibus non detur, utque, qui in lite succumbit, omnibus reliquis commodis, quæ ex testamento sperabat, privetur *L. XXIV. de his, quæ ut indign.* Ipsa vero ratio denominationis repetenda est a recepta a JCtis distinctione inter beneficium, officium & servitium. Nam hoc obligationem perfectam, illud obligationem imperfectam inter propinquos, istud obligationem imperfectam inter extraneos præsupponit, ut sic inofficiosum testamentum sit, in quo heredes proprii contra pietatem & officium prætereuntur, ipsumque ideo introductum remedium querela potius quam actio dicatur. Conf. HEINECCII *Diss. de lev. not. macula.* Verum hodie, postquam liberos, aliosque, quibus legitima debetur portio, citra nullitatis vitium testator præterire nequeat, sed vel instituere, vel ex præscripto legum exheredes scribere debeat, præteritio æque, ac omissio formæ in institutione vel exheredatione adhibendæ, testamentum ipso jure nullum facit. Sic vero non opus est querela inofficiosi testamenti, nisi inique facta sit exheredatio. Multumque interest, quo utaris remedio. Nullitatis enim remedium perpetuum est, in heredes transit, defunctum injuria non afficit, quæ secus in querela inofficiosi testamenti, quippe quæ intra quinquennium ab adita hereditate computandum exspirat *L. VIII. §. X. D. L. penult. C. de inoffic. testam.* non præparata a defuncto ad heredes non transmittitur, & periculum affert actori, qui victoriam ex lite non reportat.

s) UT vero relinquatur titulo institutionis honorabili, vi NOVELL. *CXV. cap. III. pr. & cap. IV. pr.* requirunt, cum olim sufficeret, eam quocunque titulo, legati etiam, fideicommissi, donati, esse relictam §. *VI. J. de inoffic. testam.* Idque ipsum hodie adhuc, in fratribus obtinere existimant, cum eorum in gratiam jus antiquum non reperiatur correctum. Sed si græcum Novellæ & authenticum textum inspicias, nil invenies, quod correctionem juris antiqui indicet. vid. HORNBERGIUM ZU VACH *in Novell. ex Græc. idiom. convers. Nov. CXV. cap. III.* add. STRAUCHII *Exerc. IV. ad L. Decis. Justin. cap. III. & Diss. IX. ad Jus Justinian. §. XXXVIII.* Aliud quidem usuali interpretatione invaluit in Saxonia, & leges ipsæ communem interpretandi rationem sequuntur *P. III. Const. Elect. IX.* Agnoscunt tamen Doctores Saxonici, sigillatim BERGER. *Oec. Jur. p. m. 373. not. I.* Juri Romano magis conformem esse sententiam, qua, quemcunque titulum, sub quo legitima relinquitur, ad excludendam querelam inofficiosi sufficere, statuitur. Parumque abest, quin Praxin extra Saxoniam cum theoria amice

eſt, ſed ad ſupplementum agendum erit [r], ut ſcilicet quod deeſt ſuppleatur. *l. 36. pr. C. de inoff. teſtam.*

IV. Est vero legitima legibus debita portio [s]. Ejus quantitas fuit olim quarta pars [x] totius hereditatis. *l. 8. §. 8. ff. de inoff. teſtam. §. ult. J. eod.* Jure vero novellarum ſcilicet per *Nov.* 18. *c.* 1. aucta eſt legitima, ita ut ſi quatuor vel pauciores ſint liberi, ſit triens hereditatis: ſin vero plures quam quatuor liberi extent, ſemis ſeu dimidia pars hereditatis, dividenda nimirum inter eos, quibus legitima eſt relicta, adeoque unus priori caſu accipit tertiam partem ejus portionis, quam alias ab inteſtato ex tota hereditate haberet, & ſimiliter poſteriori caſu unus accipere debeat dimidiam partem iſtius portionis, quam ex tota hereditate, ſi ab inteſtato ſuccederetur, caperet. Succeditur etiam quoad legitimam in ſtirpes, h. e. aliquando, perinde ut in ſucceſſione ab inteſtato, in linea deſcendentium, in computanda legitima non ſingula capita, ſeu perſonæ liberorum numerantur, ſed ſtirpes.

V. Aucta vero eſt ſecundum communem Doctorum opinionem etiam parentum & fratrum legitima, ita ut parentum quoque reſpectu ſit triens, vel aliquando ſemis, ſi nimirum fratres & parentes concurrant, ſecundum *Nov.* 118. *c.* 2. Similiter & ratione fratrum, ſupra expoſito caſu, ſit triens, ſi quatuor vel pauciores ſint: ſemis vero, ſi plures quam quatuor concurrant fratres. Cardinalis Tuschus. *tom.* 5. *lit. l. concl.* 185. *&* 186. Vasquius *de ſucceſſ. Creat.* §. 20. *n.* 2. *&* 3. Franciscus de Barri *de ſucceſſ. teſtat. & inteſt. L.* 16. *t.* 2. *n.* 1. *& ſeqq.*

VI. Maxime circa hanc rem controvertitur, an juſte exheredati, aut alia ex cauſa non ſuccedentes, in computatione legitimæ connumerentur, & cæteris partem

conſpirare credamus, per ea, quæ tradit Leyser. *Spec. CCCLVI.*

r) Quæ actio denuo mere perſecutoria rei, bonæ fidei, perpetua, & ad heredes tranſitoria eſt. In eo vero utraque actio convenit, ut legitimam portionem, quam lex aſſignat, conſervare intendat. Quapropter ne execrationes quidem teſtamento a parentibus adjectæ has actiones impedient. An vero in conſcientia obligent, judica ex iis, quæ in utramque partem diſputant Strykii pater & filius, ille in *Cautel. teſtament. cap.* XXIV. §. LXXV. *hic in Diſſ. de execrationibus teſtat. cap. II.* & Leyser. *Spec. XCIII. med. V.*

s) Et quidem bonorum defuncti, non ſimpliciter hereditatis, quod alibi jam diximus. Ita vero privilegiata eſt, ut illis, quibus a lege aſſignatur, neque interverti, neque ullo gravamine affici poſſit. Sed ſive conditionem, diem, modum, teſtator adjiciat, ſive fideicommiſſo, ſive remiſſione inventarii aut juratæ ſpecificationis, ſive æſtimatione bonorum legitimam oneret, nihil agit, & onus detrahitur *L.* XXXII *&* XXXVI. *C. de inoffic. teſtam.* Imo ne uſufructu quidem gravari, eaque lege relinqui poteſt, ut pater vel maritus jure ſuo, quod intuitu uſusfructus habet, privetur Novell. *CXVII. cap. I.* Brunnemann. *ad L. XXV. C. de inoffic. teſtam.* Berger. *Reſolut. Lauterb. p. m.* 241. Invenit tamen Socinus cautelam, qua adhibita re ipſa gravari poteſt legitima, ſi nempe teſtator eum, cui legitima debetur, ultra legitimam inſtituit, ſed ſimul onus, quod totam hereditatem afficit, ea lege imponit, ut niſi heres ſubeat onus, usque ad legitimam exheres ſit. vid. Stryck *Caut. teſtam. cap.* XVII. *membr. III.* §. XV. Tolerat hanc cautelam Praxis, quamvis appareat facile, eam in fraudem legis eſſe inventam.

x) Ad exemplum forſan quartæ Falcidiæ. Nam legitimæ & Falcidiæ nomina promiſcuæ fere ſunt ſignificationis, ceu præclare docet Schulting. *Jurispr. Ante Juſtin. ad Pauli recept. ſentent. Lib. III. Tit. VIII.* Imo Romani ubique in hereditatibus eo reſpexiſſe videntur, ut heres non omni privaretur hereditate, ſed quarta potius ipſi eſſet ſalva. Heredi enim ab inteſtato legitimam in quarta parte, heredi teſtamentario quartam Falcidiam, heredi fiduciario quartam Tre-

faciant? i. e. an liberi ex justa causa exheredati, aut alias non succedentes, reipsa adhuc inter liberos numerentur, perindeque habeantur, ac si partem suam habuissent, ad eum effectum, ut cæterorum legitima minuatur, & tanta, nec major sit, quam quanta fuisset, fratre non exheredato, aut alias cum ipsis simul succedente: & contra, si plures sint quam quatuor, veluti si sint quinque numero, an uno eorum exheredato, aut non succedente, reliquorum portio nihilominus sit semis, perinde ac si ille quintus etiam successisset? Quod secundum communem Doctorum opinionem ita deciditur, ut exheredati & exclusi inter numerum liberorum, ad augendam, vel minuendam reliquorum legitimam non numerentur [y], quia perinde sit, ac si mortui essent. *arg. l.* 1. §. *pen. ff. de bon. poss. contr. tabb.* §. 3. *I. de success. libert.* add. *l.* 10. §. 4. *de bon. poss. contr. tabb. Nov.* 22. *c.* 20. §. *fin. & c.* 21. Ita sentiunt GAIL. 2. *O.* 122. *n.* 18. BOERIUS *dec.* 104. *n.* 25. *&* CARPZOV. *p.* 3. *C.* 10. *d.* 12. *&* 13.

VII. CAETERUM si unus ex liberis hereditatem repudiet, portio ejus reliquis accrescit: sic si quinque sint liberi, ex quibus hereditatem unus repudiavit, reliquorum legitima nihilominus erit semis, per text. in *l. un. C. qu. non. pet. part. pet. accresc.* Et portio deficientis quoad legitimam reliquis accrescit. *arg. l.* 3. §. *f. de bon. poss. l. un.* §. 10. 14. *C. de Caduc. toll.* CARPZ. *d. l. def.* 15. nisi in dotem, aut donationem propter nuptias quid certi acceperit, quod loco legitimæ suæ accepisse intelligitur, quo casu portionem ex triente, *nimirum si non ultra quatuor fuerint liberi;* apud heredem institutum manere; sin vero quinque fuerint liberi, ipsa adnumerata, nihilominus trientem esse legitimam volunt. BERLICH. *p.* 3. *c.* 12. *n.* 26. *& seqq.* CARPZ. *d. l. def.* 14. add. pluribus Cardinal TUSCHUS. *tom.* 5. *lit. l. concl.* 208. *&* 209. HIERON. DE CAEVALLOS *speculo com. opin. contr. com. qu.* 370. GRYPHELL. *decis.* 34. GUIDO PAPAE d. 295. MERCUR. MERLIN. *tr. de legitima Lib.* 1. *tit.* 4. *q.* 3.

VIII. IMPUTANTUR in legitimam ea, quæ ex bonis testatoris profecta sunt [z], sive per ultimam voluntatem, sive per alium modum v. gr. per dotem, vel do-

bellianicam salvam esse voluerunt. Aliam vero ratione legitimæ computandi rationem iniit NOVELLA XVIII. *cap. I.* a qua tamen denuo leges provinciales hinc inde recesserunt, ut in definienda legitimæ quantitate primario leges domesticæ in subsidium vocandæ sint.

y) SED revera hic adest communis opinio contra communem opinionem, ceu ostendit BERLICH. *P. III. Decis. III. n* 7. *seq.* Ipsamque quæstionem ita ambiguam judicat ANTONIUS CUCHUS *in tract. de legitima sub fin.* p. 29. ut non dubitet afferere, judicis arbitrium in utramque partem absque nota liberum esse. Verum, qui rem ex legibus conficere student, varia incedunt via. Alii liberos inique exheredatos computandos esse, juste exheredatos non connumerandos existimant BÖHMER. *Jur. Digestor. tit. de inoffic. testam.* §. *VI.* Alii putant, exheredatum quidem non computari ad legitimam augendam, ejus tamen portionem reliquis accrescere HUBER. *Præl. ad D. tit. de inoffic. testam. n.* 14. WISSENBACH. *ad Pand. P. I. Disp. XVII. th. XI.* Ego facile assentior iis, qui exheredatum connumerant. Nisi enim hoc fieret, exheredatio sæpius reliquis inferret damnum, qui nihil deliquerunt. Certe, si quinque cum exheredato fuissent liberi, qui dimidiam accepissent conjunctim, iidem ipsi, si exheredatus pro mortuo haberetur numerusque liberorum per fictionem ad quatuor membra reduceretur, nunc conjunctim plus, quam trientem capere non possent, & sic re ipsa, si singulos spectes, tantum non consequerentur, quantum lex iis assignabat.

z) GENERATIM in legitimam non imputantur, quæ jure proprio heredes possident v. c. feudum, peculium castrense. E contrario ea imputantur, quæ oneri collationis subsunt, de

nationem simplicem. *l. 25. ff. de inoff. testam. l. 29. l. 35. §. 2. C. eod.* Excipiuntur prælegata. *l. 12. & seqq. C. de collat.* & per remunerationem donata. GAIL. 2. O. 39.

IX. SPECTATUR vero tempus mortis [a], seu quantum eo tempore in bonis defuncti fuit. *l. 6. C. de inoff. testam.* subducto ære alieno, *l. 8. §. 9. ff. de inoff. testam.* item detractis bonis restitutioni subjectis. *arg. l. 15. §. 5. ad. L. Falcid.* Vid. BERLICH *p. 3. C. 11. num. 19. & seqq.*

X. PRAETEREA non locus est querelæ inofficiosi testamenti propter agnitionem voluntatis testatoris [b], sive propter repudiationem querelæ. *l. 23. §. 1. l. 17. pr. ff. de inoff. testam.* Consensus autem, patri vivo declaratus, non excludit querelam *l. 35. §. 1. C de inoff. testam.* Porro propter lapsum quinquennii, ab adita hereditate ex testamento computandum. *l. pen. §. 2. C. de inoff. testam.* Exceptio tamen est *in l. 8. §. fin. ff. eod.* Similiter etiam morte exheredati, seu præteriti, extinguitur hæc querela: nisi vivus jam conquestus fuit. *l. 6. ff. l. 5. C. d. t.* Exceptio est *in l. 36. §. 2. in f. C. eod.*

## TITULUS XXII. DE HIS, QUIBUS UT INDIGNIS HEREDITAS AUFERTUR.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Aliquando heredes se indignos reddunt hereditate* L. 34. ff. t. 9. de his, quæ ut indign. aufer. L. 29. ff. t. 6. si quis aliquem testari prohib. vel coeg.

I. QUAMVIS testamentum ipso jure sit firmum, nec etiam ullo modo rescindi possit: nihilominus tamen aliquando heredes se, ex certis causis, indignos reddunt hereditate [c], adeoque istis hereditas eripitur, ac in fiscum redigitur.

quibus suo loco. Sic vero dubio procul etiam imputatur portio conjugis statutaria, si conjux cum liberis defuncti concurrat. Imo nonnunquam, ut in Saxonia per CONSTIT. ELECT. XX. P. *III.* ad legitimam augendam vidua propria conferre debet bona, si in portione statutaria succedere velit. WERNHER. *P. V. obs. CXLVIII.*

*a*) IMO potius, si vivus pater bona sua alienaverit, eoque ipso legitimæ præjudicium intulerit, alienatio quoque eousque, quousque legitimam gravat, revocatur, quod supra jam diximus. add. THOMASII *Dissert. de legitima viventis.*

*b*) SPONTE vel legatum accipiendo, vel alterius nomine exigendo. Nam secus esse dicunt, si quis officii causa, quod declinare nequit, alterius causa agat. Verum his distinctionibus hodie non videtur opus esse, cum post NOVELL. *CXV. cap. III. & IV.* querela inofficiosi testamenti non totum faciat corruere testamentum, sed heredis solum institutionem vitiet, ea vero ratione nil obstet, ne filius legatum accipiat, & nihilosecius querela inofficiosi utatur. Facile vero apparet, per hanc Novellæ dispositionem vim regulæ juris antiqui illatam esse, vi cujus nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere poterat. Nam, dum heredis solum institutio corruit, & in locum extranei heres ab intestato succedit, ea tamen lege, ut reliqua testamenti capitula agnoscat, fieri non potest, quin successio pro parte testata, pro parte intestata existat. Cum vero id querela inofficiosi efficiat, ut hereditas rescisso testamento ab intestato obtineatur *L. XIX. D. de inoffic. testam.* non absque sufficienti ratione inde alios inferre puto, victoriam omnibus ab intestato successuris, quamvis querelam non habeant, prodesse. Id enim præterea cum *L. VI. §. I. D. Eod.* convenit, & in aliis tam gravibus nititur rationibus, ut non dubitem, quin assentiar WERNHERO, qui *P. I. obs. CCLXX.* id egit ex instituto, ut & hanc firmaret sententiam, & dubiis simul satisfaceret.

*c*) PRAESUPPONIT hoc juris Romani argumentum, herede vel legatario capaci ali-

Nimirum 1.) si quis testatorem occiderit, vel causa mortis ejus fuerit; 2.) juxta jus Romanum, si heres necem testatoris non vindicaverit [d]. *l. 9. C. de his quib. ut indign.* Hodie vero, propter non institutam accusationem contra occisorem, heredes non privantur hereditate, sed Magistratui vindictam committere possunt. ORD. CRIM. *art.* 214. CARPZOV. *Pr. Crim. p.* 1. *q.* 34. *n.* 74. ubi *n.* 90. monet, eo casu, quo heredes, mortem interfecti non ulciscentes, opulentam acquirunt hereditatem, ex ea sumtus fisco esse restituendos; 3.) si quis, injuste [e] suo nomine testamentum impugnaverit; 4.) si quis, dum captat hereditatem legitimam, vel ex testamento condito, prohibuit quem facere testamentum, aut conditum mutare. *l.* 1. *pr. l.* 2. *ff. si quis aliq. test. prob.* 5.) si quis aliquem testari, sibique hereditatem relinquere coegerit. *l.* 1. *C. si quis aliqu. test. probib. vel coeg.*

quid esse relictum, alterutrum vero aliquod delictum, a lege vel testatore in specie notatum, committere, quod eum hereditate vel legato indignum reddit, & fisco jus, emolumentum pœnæ loco auferendi, tribuit, si hereditas vel legatum indigno re ipsa deferatur *L. XXV. §. I. de his, quæ ut indign.* Alia ratio est eorum, quæ pro non scriptis habentur. Sub his intelliguntur, quæ ab initio inutiliter in testamento scribebantur, dum vel heres aut legatarius incapax esset, vel res in eam pervenerit causam, a qua initium habere non poterat. Hoc enim eum habebat effectum, ut id, quod scriptum esset, vel penes heredem maneret, vel coheredibus aut collegatariis, accresceret, *L. unic. §. II. sqq. de caduc. tollend.* Ab his iterum distinguebantur caduca, quando conditio hereditati vel legato adscripta deficiebat. BRUNNEM. *ad d. L. unic. de caduc. tollend.* quippe quæ iterum fisco cedebant ex Lege Papia Poppæa. Verum Justinianus nomen & materiam caducorum delevit, &, cum olim fisco caderent, nunc pro non scriptis magis haberi, & apud eos, a quibus relicta sunt, manere jussit. Conf. *Commentar. ad Constit. omiss. Manip. II. obs. I.* Idemque adhuc hodie juris esse, omnes uno fere ore juris interpretes fatentur. Ipsa interim exempla eorum, quæ pro non scriptis habentur, & ut indignis auferuntur, Compendia Juris abunde enumerant. Ad ea sigillatim spectant, quæ quis sibi ipsi adscripsit. Sed hoc exemplum, quod attinet, usus Practicus hodie pœnam cessare facit, si bona fides scribentis & seria testatoris intentio doceri possit, vid. præjudicia apud LEYSERUM *Spec. CCCXCVII. med. IV.* Posterius colligunt ex testatoris subscriptione *L. XIV. pr. de his, quæ pro non script.* Et hanc, etiamsi generalis sit, intuitu filii subsistere existimant, intuitu extranei specialem desiderant *L. I. §. VIII. ad Cornel. de fals.* Sed crederem ego, consultum omnino esse, ut ille, qui jussu testatoris sibi aliquid adscribit, testimonium a testatore in subscriptione perhiberi curet, id jussu ejus factum esse. Ut vero doctrina de his, quæ pro non scriptis habentur, in usu est, ita & hodie, quæ ut indignis auferuntur, fisco cedunt, ceu rationibus evicit SCHILTER. *Exercit. XXXVIII. § CLXXXII.* quamvis dissentiant CARPZOVIUS *Quæst. Crim. CXXXV. n.* 39. *sq.* BEYER *Delin. Pandect. ad tit. de adimend. legat. §. XVII.* Id tamen fateamur necesse est, ea, quæ in *L. IX. pr. & §. I. de his, quæ ut indign.* recensentur, male ad ea referri, quæ fiscus occupandi jus habet, atque ex ipsa lege evidens esse, quod pro non scriptis potius habenda sint, vid. BRUNNEMANNUM *ad d. leg.* Ceterum, quæcunque fiscus sibi vindicat, non tamen sine præcedente legitimo processu capit *L. V. C. de jur. fisc.* nec absque onere, quod adjectum erat WISSENBACH. *ad Digest. P. II. Diss. VII. § IX.*

*d)* CUJUS ratio procul dubio inde derivanda, ne heredibus ab ultione desistentibus cædes defuncti impunita relinqueretur, eum moris olim esset, post solennem demum accusationem contra reum procedere. Cum itaque hæc ratio hodie, ubi magistratus ex officio procedere solet, cesset, merito assentior CARPZOVIO, qui in *Pr. Crim. qu. XXXIV. n.* 12. *sq. & P. IV. Const. XI. def. X.* contra HEIGIUM *Lib. II. qu. XXXIV.* non usum dispositionis defendit, hoc tamen adhibito temperamento, ut heredi, si magistratus delictum plane ignoret, necessitatem denunciandi injungat. add. SCHILTER. *Exerc. XXXVIII. th. CLXXIX. &* WERNHER. *P. I. obs. CLV.*

*e)* AN vero injuste impugnaverit, prius constare nequit, quam finito processu. Quare, qui in impugnatione non persistit, sed ante sen-

# TITULUS XXIII. DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA; UT ET DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HEREDITATE; EJUSDEMQUE TRANSMISSIONE; NEC NON JURE ACCRESCENDI, ET APERTURA TESTAMENTI.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Acquisitio hereditatis varia pro varietate heredum:* II. *Alii enim sunt necessarii;* III. *Alii sui;* IV. *Creditoribus incumbit probare, suos heredes se immiscuisse.* V. *Alii extranei sive voluntarii.* VI. *Hi acquirunt vel aditione hereditatis;* L. 29. ff. t. 2. de acquir. vel omit. hered. *vel gestione pro herede.* VII. *Qui possit acquirere.* VIII. *Filiusfamilias jussu patris adit.* IX. *Tempus adeundi.* X. *Effectus susceptæ hereditatis.* XI. *Repudiatio hereditatis.* XII. *Concessum est heredibus* 1 *jus deliberandi.* L. 28. ff. t. 8. de jure deliberandi. XIII. 2. *Beneficium inventarii.* XIV. *Modus inventarii conficiendi.* XV. *Confecto inventario heres ultra vires hereditatis non tenetur. Quid jure Saxonico obtineat.* XVI. *Surrogatur acquisitioni transmissio vel* 1. *jure suitatis, vel* 2 *ex potentia, sanguinis, vel* 3. *propter jus deliberandi.* XVII. *Hereditas ab uno vel altero omissa, accrescit conjunctis coheredibus.* XVIII. *Sunt vero tres conjunctionum modi.* XIX *Modus accrescendi.* XX. *Ut constet, quem esse heredem, opus est apertura, quæ vel simplex,* L. 29. ff. t. 3. testam, quemadm. aper. inspic. & describ. *vel solennis.*

I. Si cuidam per testamentum, aut ultimam voluntatem (*vel etiam ab intestato*) hereditas deferatur, illa vel acquiritur, vel omittitur. Acquisitio ista & omissio varia est, pro diversa conditione, & qualitate heredum: alii namque heredes sunt necessarii; alii sui; alii extranei seu voluntarii.

II. NECESSARIUS est servus f), heres a domino institutus, & cui inde libertas obvenit; hic necessario debet esse heres. vid. § 1. *I. de her. qual. & diff.*

III. SUI heredes sunt liberi, qui tempore mortis parentum proxime, seu nemine in propiori gradu præcedente, in potestate patria morientis sunt. §. 2. *I. d. t.* Isti

tentiam voluntatem mutat, non punitur. *L. XIII. §. IX. de jur. fisc.* Deinde & hoc observandum est discrimen, quod ille quidem, qui ipsam defuncti voluntatem impugnat, puniatur, non vero ille, qui testamentum jure & solenniter factum negat *L. XXIV. de his, quæ ut indign.* pœnam subeat, tametsi testator eum ob hanc causam indignum judicaverit. Id enim testator efficere non potest, ut jus commune non valeat, eaque propter voluntatem suam juri Communi ubique conformasse censetur *L. VIII. §. I. de jur. Codicill.* LEYSER *Spec. CCCXCVIII. med. II. sq.*

f) NECESSARIOS heredes, qui, sive vellent, sive nollent, hereditatem adirent, urgens æs alienum introduxit. Cum enim heredes extranei, ob durum adita hereditatis effectum, dum eo ipso se omnibus defuncti creditoribus obligerent, ut & ultra hereditatem tenerentur, hereditatem ipsam omitterent magis, testamentumque efficerent destitutum, creditores nunc bona defuncti nomine possidere incipiebant, & mox sequebatur hasta publica. Quod ignominiosum valde veteribus videbatur *L. XXIII. D. qui & ex quib. caus. manumiss.* CICERO *oration. pro Quintil. cap. XV.* maxime cum & bona proscriptorum ita venirent, ut sic honesti viri ad hastam publicam non facile accederent CORNEL. NEPOS *in Attico cap. VI.* Quo igitur hanc contumeliam evitarent Romani, servum, si alius heres deficeret, nominabant heredem, ut ille, ex necessitate vel satisfaceret creditoribus, vel, si nollet, pateretur tamen bona defuncti suo nomine venire, ceterum libertatem consequeretur §. I. & II. *J. Qui & ex quib. caus. manumiss. non licet.* Sed facile patet, hoc Juris Romani caput nullius hodie usus esse, siquidem nec servos Romanos habemus, nec hæreditatis aditio hodie post introductum beneficium deliberandi & inventarii periculosa est.

sui

sui heredes [g] hereditatem ipso jure acquirunt *d.* §.2. juncta *l.11. ff. de liber. & posth.* sive successio sit ab intestato, sive ex testamento, ex æquitate tamen ipsis indulgetur, an velint se immiscere hereditati h.e. hereditatem delatam, & ipso jure civili stricto jam acquisitam, etiam facto suo suscipere & retinere: an vero velint abstinere, h.e. animum suum declarare, quod nolint hereditati se immiscere *l.12. l.71. §.4. ff. de acquir. vel omitt. her.* Licet vero abstinuerit suus heres, tamen nuda existentia, sive ista acquisitio hereditatis, ipso jure obtingens, certos quosdam habet effectus, de quibus suis locis agetur.

IV. Notandum & hoc est, quod creditores, qui conveniunt filium ob credita paterna, debeant probare, filium se immiscuisse [h] paternæ hereditati: nisi filius post mortem patris in bonis moratus fuerit: tunc præsumtio contra ipsum est, quam elidere debet & potest, si non ut heres, sed ex alio capite, vid. *l.20 §.1. ff de acquir. vel omitt. hered.* v.gr. ratione maternorum bonorum repetendorum, ostendat se in hereditate fuisse. Gail. 2. *O.* 128. Daniel Moller. 4. *Semestr.* 39.

V. Extranei seu voluntarii heredes sunt, quibus, nec in defuncti dominica, nec patria potestate constitutis, hereditas defertur, atque istam vel suscipere & acquirere [i], vel repudiare, ab ipsorum dependet arbitrio. §.3. *I. de her. qual. & diff.*

g) Sui heredes illi olim nominabantur, qui domestici heredes erant, & vivo quoque patre quodammodo domini existimabantur, verbo, liberi, modo tamen 1) essent in potestate defuncti, & 2) proximi gradu, ut nemo eis ordine antecederet. Atque hi ipsi etiam necessarii olim erant, quia sive vellent, sive nollent, tam ex testamento, quam ab intestato, heredes fiebant, quamvis rationibus recte subductis facile appareat, necessariam hanc ex testamento succedendi rationem, antiquæ Jurisprudentiæ eo minus convenire, quo certius est, parentes potuisse liberos pro lubitu exheredare. Ut sic merito necessitas succedendi ad successionem ab intestato restringenda fuisset in *§.II. J. de hered. qualit. & differ.* Imo ne jure novo quidem, testamento a patre confecto, ultra legitimam est extendenda, cum de bonis, quæ extra legitimam sunt, libera cuivis disponendi relicta sit facultas. Verum his subtilitatibus hodie non amplius est opus. Nam cessat jus suitatis, eo quidem effectu, ut & liberi emancipati in legitima heredes sint instituendi. Novell. *CXV. cap. III.* Et sic necessarii quidem sunt heredes liberi, quatenus a parentibus ab hereditate excludi non possunt, parentibus etiam ab intestato mortuis hereditatem omnem ipso jure acquirunt, eamque etiam non aditam ad heredes iterum transmittunt, non tamen amplius necessarii sunt, & inviti heredes fiunt. Durum enim videbatur, ob defuncti parentis infortunium liberos superstites quasi infamiam contrahere. Ejusque rei intuitu Prætor ipsis volentibus hereditate abstinere permisit *L. LVII. D. de acquir. hered.*

h) De eo plurimi dubitant, an juste creditoribus imponatur onus probandi, quod filius se immiscuerit. Fit enim, ut diximus, etiam jure novo ipso jure heres. Et sic ulteriori probatione non opus esse videtur, qua, filium heredem esse, demonstretur, reique magis convenire, ut filius, se beneficio abstinendi usum esse, probet. Verum, post introductum abstinendi beneficium, filius quidem heres est, non tamen aliter, quam si omisso beneficio abstinendi se immiscuerit *L. XLVII. de acquir. vel omitt. hered.* Nec sufficit, ut creditor demonstret, filium heredem esse de jure. Hoc enim nondum obligat, ut filius de factis defuncti respondeat, sed demonstrandum etiam est, filium heredem esse de facto. Quod certe, nisi immixtio doceatur, probari nequit. Ergo & hanc creditores probare debent, nisi ut Auctor monuit, præsumtio contra filium militet. Quo igitur hæc contra filium allegari nequeat, caveat filius, ne absque protestatione, sa alio, quam heredis, nomine res hereditarias suscipere, in hereditate permaneat *L. XX. §.1. de acquir. vel omittend. hered.* neve postea facta protestationi contraria committat, quæ animum heredis necessario involvunt.

i) Defertur quidem hereditas ipso jure, ut opus non sit peculiari traditione. Non vero heres institutus prius pro herede habetur, quam hereditatem adiit, quamvis aditio, ob effectum unitatis personæ, quam inter defunctum &

VI. SUSCIPITUR vero, vel acceptatur hereditas animo & voluntate pure declarata [k]. *l.77. ff. de R. I.* Ista vero voluntas vel est nuda, h. e. sine facto, aut re, per verba aut signa demonstrata §. *ult. I. de her. qual. & diff.* & dicitur in specie hereditatis aditio: vel ipsa re, seu facto, & administratione quadam rerum hereditariarum animus iste ostenditur, & vocatur pro herede gestio. *d.* §. *ult.* nisi quis ostenderit, se alio animo aliquid administrare [l]. vid. *l.20.* §.1. *ff. de acquir. vel omit. hered.*

VII. IS vero potest acquirere hereditatem, qui intelligit, quid agit [m]. *d.* §. *ult. I. in fin.* Pupillus vero tutore autore adit hereditatem: vel, si infans sit, nomine ejus tutor. *l.18.* §.2. *C. de jur. delib.* Minor, si constitutum curatorem habeat, eum adhibeat necesse est. *l.3. C. de in integr. restit.* Nomine furiosi curator acquirit. *l. ult. C. de curat. furios.* Prodigus, accedente curatoris consensu, acquirit. *l.5.* §.1. *ff. de acquir. vel omit. hered.*

heredem inducit, ad tempus mortis retrotrahatur *L.LIV. de acquir. vel omitt. hered. L.CXXXVIII. pr. L.CXCIII. de reg. Jur.* Interim, ante aditionem hereditatis, nemo extraneus eam ad heredes transmittit, nisi I) intra tempus deliberandi, quod jure novo concessum, decesserit *L.XIX. C. de jur. deliber.* II) ex justa causa hereditatem adire non potuit *L.XXXVI. pr. de acquir. vel omittend. hered.* III) filius emancipatus heres ante apertas tabulas vel ante aditionem moriatur, quippe cui ex beneficio Theodosii hoc privilegium concessum in *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Sed postquam omne per jus novum inter emancipatos & suos discrimen sublatum est, dubium non erit, quin emancipatus quoque ipso jure transmittat hereditatem.

*k*) ERAT olim aditio actus legitimus, qui I) non nisi certa verborum solennitate, & per cretionem, ut veteres loqui amant, peragi poterat ULPIANUS *Fragment. Tit. XXII.* §. *XXVII. seqq.* Infans itaque, furiosus, mutus adire non poterat, vid. *L. LXIII. D. de acquir. vel omitt. hered.* Praeterea II) a praesenti expedienda erat, non per procuratorem *L.X. C. Eod.* imo ne pupillus quidem per tutorem adibat *L.V. C. de jur. deliber.* III) Pure debebat fieri *L.LI.* §. *ult. de acquir. vel omitt. hered. L.LXXVII. de Regul. Jur.* Verum hae solennitates per *L.XVII. C. de jur. deliber.* sunt sublatae, utque heres etiam sub conditione adire posset, permisit praetor, *L.VI. de bonor. poss. sec. tabul.* Quid quod ne dubium quidem sit, quin & de jure novo post introductum beneficium deliberandi conditionata hereditatis aditio locum habeat, cum ipsa aditio per beneficium inventarii alia non sit, quam conditionata, si hereditas sit solvendo, add. *L. ult. C. de jur. deliber.* Igitur hodie sola agnitio, quae verbis tantum, seu ut *L.VI. C. Eod.* loquitur, sola animi destinatione fit, sufficit, ut dominium rerum hereditariarum in heredem transferatur *L.XIV. C. Eod.* Quod autem ad possessionem hereditatis attinet, eam heres non acquirit, nisi naturaliter apprehensa sit *L.III.* §. *V. L.XXIII. D. de acquir. vel amittend. poss.* quamvis id iterum in heredibus suis secus sit, quippe qui etiam ignorantes heredes sunt. HAHN *ad Wesenbec. tit. de acquir. vel omitt. hered. n.7.*

*l*) QUEM in finem protestationem consulto adhiberi dixi, ne ob praesumtionem aditae hereditatis juramento locus dandus sit. Verum & hac protestatione demum opus videtur, si quis sciat, se heredem esse, alias enim pro negotiorum gestore potius habebitur. Et sic facile assentior LEYSERO, qui *Spec.* CCCLXX. *med.* VIII. negat, praesumtionem aditae hereditatis esse contra uxorem, quae post mortem mariti in bonis ejus manet, illaque administrat, cum in regula non sit heres mariti, magisque praesumi possit, eam, non animo heredis, sed custodiae & juris sui causa, administrasse.

*m*) ID certe negari non potest, eum, qui hereditatem adit, in ea esse debere causa, ut animum adeundi habeat: Forsan tamen, si effectum aditionis respicias, qui in obligatione heredis ad praestanda facta defuncti consistit, quaestionem de iis, qui adire possunt, faciliori negotio dijudicaveris, si substituas regulam, eum, qui cum effectu adire vult, facultatem sese obligandi habere debere, & sic, qui plane se obligare nequit, nec adire posse, ab eo vero, qui nonnisi certa forma observata obligationem recipit, illam ipsam formam praecise adhibendam esse.

VIII. FILIUSFAMILIAS regulariter voluntatem & jussum patris [n], in suscipienda hereditate, sequitur, & patri acquirit filiusfamilias secundum superius dicta. vid. *l. fin.* §.3. *C. de bon. quæ lib.*

IX. JURE civili ante nonum, a morte defuncti, diem, hereditas non suscipiebatur [o]. *Nov.* 115. *c.*5. §.1. jure vero Saxonico post trigesimum diem adiri solet. *Land-R. lib.* 1. *art.*22. & *l.*3. *art.*15.

X. EFFECTUS susceptæ hereditatis est, quod omne defuncti jus [p] consequatur heres, & ipsi contra ipsum omnes actiones, quæ per mortem non extinctæ, dentur. *l.*37. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* possessio vero rerum hereditariarum non nisi apprehensione acquiritur [q]. *l.*23. *pr. ff. de acqu. vel amitt. poss.* Unde, si ab alio res possidetur, datur hereditatis petitio, de qua inferius agemus.

XI. SIMILITER repudiare hereditatem [r] quis potest vel verbis, aliove mentis indicio, *l.*95. *ff. de acquir. vel emitt. hered.* vel re ipsa & facto *l.*77. *ff. eod.*

n) VERUM hæc legum Romanarum dispositio antiquum jus patrisfamilias acquirendi per filium respicit. Quod, cum nostris moribus haud conveniat, nil obstabit, ne filius, qui in potestate patris est, vel consentiente patre, vel si hic nolit, solus adeat. Imo cum, quæ filio ex ultimis voluntatibus obveniunt, patri minimum quoad usumfructum acquirantur, patri etiam facultas non erit deneganda, ut dissentiente etiam filio adeat. Conf. *L. fin. C. de bon. quæ liber. L.* IV. *L.* XI. & XV. *C. de jur. deliber.*

o) TEMPUS tamen hoc novem dierum, ut ex NOVELLA CXV. *cap.*V. §.I. constat, unice in favorem heredum est introductum, ne intra hoc spatium convenirentur, aut quocunque modo creditores eosdem inquietarent, quo tempus justa defuncto persolvendi & lugendi suppeteret. Quare nil obstabat, ne ipsi heredes, si vellent, hereditatem ante nonum diem susciperent. Alia vero ratio est spatii triginta dierum, quod Germani post mortem defuncti ab omni strepitu vacuum voluerunt. Hoc enim in lege prohibitiva nititur, quæ tum creditores excludit, ne actiones prosequantur, tum heredi interdicit, ne adeat & hereditatem administret. Quemadmodum igitur hoc spatium eum in finem concessum est, ut peragi possit obsignatio rerum hereditariarum & sepultura, ita præterea durante spatio omnia tranquilla & quieta in ædibus atque rebus defuncti esse debent, nec quicquam immutari & suscipi potest, nisi quod opus est fieri ad custodiendam conservandamque hereditatem & alendam familiam. Nam & uxor, & liberi, & famuli intra tricesimum alimenta adhuc ex massa hereditatis capiunt, & quicquid interim accrescit, hereditati accrescit, quamvis jus cum defuncti persona alias exspiret. v. c. in usufructu, de quibus late egit HORNIUS *Diss. Spec. de tricesimo.*

p) VERBO inducit aditio unitatem personæ inter defunctum & heredem, tam active, quam passive, etiam ratione jurium, quæ morte defuncti non finiuntur. In commoda igitur & incommoda succedit heres, & facta defuncti ubique præstat, modo tamen I) licita sint. In pœnalibus enim non succedit; II) negotium de jure subsistat, & nullitate non laboret. Quæ enim contra legem prohibitivam suscipiuntur, tantum abest, ut obligationem ullo modo producant, quin potius per se efficaciam non habeant. Non obest igitur filio heredis nomen, quando pater vivus legitimæ præjudicium intulit, vel, quando bona adventitia extra casus in lege expressos alienavit, sed nihilosecius filius hic suo jure utitur.

q) UTUT autem heres extraneus possessionem ipsam absque apprehensione non acquirat, jus tamen possessionis per verbalem etiam aditionem, & solo animo consequitur, & in jus occupandi, adipiscendi, & recuperandi possessionem succedit MEVIUS *P.* III. *Decis.* CCCXXXVIII. BRUNNEM *ad L.* XXIII. *de acquir. vel amittend. possess.* Potest igitur tertius quidem possessionem occupatione intervertere, sed heredi adeunti rem occupatam nihilosecius restituere debet, maxime, cum heres adeundo hereditatem jam tum a morte defuncto successisse intelligatur. Conf. LEYSER. *Spec.* CCCLXXI. *med.* IV. seq.

r) NONDUM acquisitam & aditam. Post acquisitionem repudiatio locum amplius non habet, cum semel heres factus se creditoribus obli-

XII. NE autem heredes aut festinato suscipiendo hereditatem, aut omittendo, damnum incurrant, concessum est eis 1) jus deliberandi, quo certo tempore r a judice, si id exigatur, præfixo, quis possit in vires hereditatis inquirere, & consultare, an sibi proficuum sit adire, an omittere hereditatem. *t. t. D. & C. de jur. delib.*

XIII. MAGIS salutare beneficium s tributum 2.) ut heres quidem adeat, sed confecto inventario, quo omnes res, in bonis defuncti inventæ, legitime consignentur, intra tres menses, vel longius tempus, a Magistratu impetrandum. *l. ult. C. de jur. delib.*

XIV. MODUS legitime inventarium conficiendi u consistit in his, ut 1.) illos

gaverit *L X. C. de jur. deliber. L XI. si certum petat.* Minoribus tamen contra aditionem dabatur restitutio in integrum, si læsionem docere possent. Reliqui eo minori fundamento sibi succurri postulabant, cum facultatem deliberandi haberent, sibique imputare deberent, quod vel beneficio non essent usi, vel temere damnosam hereditatem suscepissent. Et sic ubique ultra vires hereditatis post acquisitionem obligabantur. Postea tamen Hadrianus vi privilegii ex clausula Prætoris generali majoribus quoque viginti annis restitutionem contra aditam hereditatem concessit. Demum Gordianus militibus in genere contra aditionem veniam dedit *L. fin. pr. C. de jur. liber.* add. *L XII. C. de testam. milit.* Denique Justinianus heredibus omnibus facultatem dedit, ut sub conditione, beneficio inventarii, hereditatem adire possent, si hereditas esset solvendo, *d. L. fin. C. de jur. deliber.* ut sic, si æs alienum rerum hereditariarum substantiam superaret, vel repudiandi hereditatem haberent veniam, vel ultra vires hereditatis tamen haut tenerentur. Cæterum, ut aditio non statim præsumitur in eo, qui jus succedendi non habet, ita nec repudiatio præsumitur in eo, qui jure heres est, sed requirit illa declarationem, vel talia facta, ex quibus de animo omittendi dilucide constat. Sic vero solus consensus tacitus vel non factum non sufficit. BERGER *Diss. de omiss. heredit.* nisi lapsus triginta annorum accedat *L. VII. C. de petition. heredit.*

r) NEMPE, si nemo adesset, qui aditionem urgeret, liberum erat intra triginta annos adire hereditatem *L. VII. C. de petit. hered.* alias anni vel novem mensium spatium præfigebatur *L. ult. § XIII. de jur. deliberand.* Hoc autem beneficium supervacuum esse videtur, postquam Justinianus meliori beneficio, inventarii nempe, heredibus consuluit. Verum tamen non sustulit ideo legislator prius, sed prudentiæ potius & arbitrio heredis reliquit, quonam uti vellet. Cumque tota materia testamentaria ex Jure Romano ad nostrates transiit, crederem ego, posse heredem hodie etiam ad beneficium deliberandi confugere, & beneficium inventarii omittere. Quod quidem negat THOMASIUS *in Not. ad Pand. tit. de jur. deliber. & ad Inst. tit. de hered. qual. & differ.* Sed dubiis ejus satisfecit WERNHER. *P. VII. obs. I.* & in Saxonia hoc ipsum beneficium publica lege est approbatum per DECIS. NOV. ELECT. *LVII.*

s) PRODUCIT nempe hos maxime effectus, I) ut separatio bonorum defuncti & heredis inducatur II) confusio jurium impediatur, III) heres ultra hereditatis vires non teneatur IV) res ipsæ hereditariæ creditorum periculo pereant *L. fin. C. de jur. deliber.* Neglectum e contrario heredem onerat, ut ob confusionem jurium & actionum integra debita exsolvere debeat NOVELL *I. cap. I.*

u) HODIE his requisitis non adeo stricte insistimus, sed Notarium adhibere, & omnia legitime consignare solemus MEVIUS *P. II. Decis. CLVI.* BRUNNEMANN. *ad L fin. C. de jur. deliber.* Sive tamen solenni modo, sive alias ex more consueto, inventarium conficiatur, obsignatio judicialis inventarium præcedere debet, CARPZOV. *P. III. Const. III. def. X.* vel a judice rei sitæ, si bona immobilia adsunt, vel, his deficientibus, a judice ratione personæ competente peragenda. Hoc enim requisitum, omissum licet a Justiniano in *L. ult. C. de jur. deliber.* & a STRYCKIO *Us. Mod. D. d. tit. § III.* pro superfluo judicatum, recta ratio addere jubet, cum facile pateat, absque ea nullam inventarii fidem esse HORNIUS *Diss. de die tricesimo §. XVIII.* Non itaque heres, neglecta obsignatione, evitabit necessitatem, jurejurando consignationem suam corroborandi, omnemque suspicionem rei amotæ removendi. Imo nec id juris iis, quorum interest, denegari poterit, ut, etiamsi omnia solennia in conficiendo inventario sint observata, heredi tamen juramentum super omissis deferre possint.

quorum interest, nimirum creditores hereditarios, ut adsint inventario, citari curet heres: si vero hi non compareant, vel absint, testes ad minimum tres adhibeantur; 2.) ut conscribatur a Magistratu, aut personis, quibus hic commisit, vel Notario publico, ad hoc specialiter rogato. 3.) ut heres nomen suum subscribat inventario, aut si literas nesciat, specialem tabellarium adhibeat, qui, testibus præsentibus, loco ipsius subscribat. *Nov.* 1. *c.*2. §.1. *&* 2. *d. l. ult.* § 2. *in f. C. de jur. delib.* Necesse vero est, ut omnes res describantur in inventario, tam mobiles, quam immobiles, tam nomina activa, ut vocant, quam passiva. Alias si dolose quid omittatur, id non solum restituendum, sed etiam pœna substituenda est. add. Richter. *dec.*59. *num.*18.

XV. Confecto inventario, sive adita hereditate beneficio inventarii, non tenetur heres ultra vires hereditatis creditoribus. *d. l. ult.* §.4. Hinc inducunt, heredem beneficio inventarii ita aditam hereditatem rursus repudiare posse. vid. Carpzov. *p.*3. *C.*33. *d.*18. Franz. *lib.*3. *resol.*6. Jure Saxonico etiamsi inventarium non confecerit heres, ultra id, quod in hereditate repertum est, non obligatur: unde exigitur, ut si legitimum inventarium non confecerit heres, juratam specificationem bonorum hereditariorum edat [x]. Richter. *decis.*60. *num.* 5. Unde fluit, facilius jure Saxonico rursus abdicari hereditatem, ne a creditoribus quis conveniatur. vid. Carpz. *Lib.*6. *resp.*73. Quod tamen in Electoratu Saxonico certo modo limitatum est *novis. decis.* 57.

XVI. Surrogatur acquisitioni transmissio, quæ est hereditatis, ad here-

cum id ipsum *L. fin.* §.*X. C. de jure deliberandi* expresse approbatum sit. Verum hoc in casu tamen heredem prius ob præsumtionem, quod omnia absque fraude gesta sint, suspicione onerandum esse existimarem, quod nonnulla omiserit. Mevius *P. IV. Decis. XCII.*

x) Ad cujus editionem heres semper admittitur, nisi hereditatem, quam cum beneficio deliberandi adiit, elapso spatio demum repudiet, atque dolum committat Decis. Elect. *LVII.* Interim vereor, ne Brunnemannus *ad L. ult. C. de jur. delib. n.*60. & Schöpffer *in Synops. Pandect. tit. de jur. deliber. n.*17. nimis liberaliter de consuetudine Germaniæ universali, vi cujus specificatio jurata in locum inventarii succedat, testimonium perhibeant. Certe ipsi Saxones eam non nisi per argumentum ex Jur. Provinc. *Lib. I. art. VI.* eliciunt, & præterea agnoscunt, gravi eandem creditores afficere damno. Est etiam eadem ipsa, ne quid dissimulemus, ex parte heredis periculi plena, qui, dum res, quæ sequuntur, incuriosus, hereditatem administrare incipit, conscientiam postea facile onerare potest, si quas forsan res hereditarias non adeo magni momenti, earumque quantitatem, qualitatem & id generis alia memoriæ non adeo sollicite commendaverit. Quapropter, nisi statuta vel consuetudines juratam specificationem approbent, merito usus eidem denegabitur. Sed non abs re erit, mentionem injicere quæstionis, anne testator confectionem inventarii heredi remittere, eumque a jurata specificatione liberare possit. Non dubitant Doctores, quin hæc facultas testatori concedenda sit, eaque remissio eum effectu heredem liberet, arg. *L. ult. C. arbitr. tutel.* Sed & restringunt istam testatoris legem ad eum casum, si remissio non in præjudicium coheredum, legatariorum, aliorumque, qui beneficio testatoris ex hereditate aliquid capiunt, tendat. Quod ipsum ratione non caret, cum illi, cui plus licet, emolumentum ex hereditate plane non assignare, non potest non minus licere. Sic vero apparet, id juris testatori haud concedi posse, ut remissionem in præjudicium creditorum, aliorumque, quibus jus aliquod quæsitum est in bonis defuncti, extendat. Plane in priori etiam casu solennitas solum inventarii & jurandi necessitas remissa videtur, nec iis, quorum interest, substantiam bonorum indicari, facultas adempta, jure postulandi, ut heres consignationem exhibeat. Super qua deinde, si dolose heredem quædam omisisse suspicio adsit, juramentum heredi posse deferri rationis est. vid. Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV.* §. *L. not.*9. Ita etiam judicavit Scabinatus Jenensis Mens. Nov. 1736.

dem mortui heredis, ante aditionem derivatio. Transmittitur autem hereditas vel 1.) jure suitatis, qua scilicet hereditas, quippe jam ipso jure acquisita, mortuo suo herede ante immixtionem, vel abstentionem, in quoscunque heredes defertur. *l.* 8 *C. de suis & legit. lib.* vel 2.) ex potentia sanguinis, quando nimirum heres vel ob nondum apertas tabulas, vel etiam ab intestato ob aliam rationem impeditur, quo minus adire possit, atque ita ante aditionem moritur: quæ est restricta, ita ut procedat ab heredibus descendentibus ad solos descendentes, per *l. un. C. de his qui ante ap. tab. her.* & ab autore illius legis vocari solet *Theodosiana.* vel 3.) propter jus deliberandi, quando nimirum quis sive intra deliberationis tempus, sive post petitam deliberationem decesserit, tunc jus deliberandi, eo, quod residuum est tempore, & potestatem adhuc adeundi, transfert quilibet in quoscunque heredes, *l.* 19. *C. de jur. delib.* & dicitur *Justineanea.*

XVII. CAETERUM hereditate omissa, sive quis nolit, sive non possit, propter incapacitatem esse heres, portio deficientis accrescit reliquis coheredibus [y]: nisi substitutus adsit, qui amplectatur hereditatem. Nimirum hereditas vel est delata ab intestato, & tunc portio deficientis accrescit iis, qui sunt in eodem gradu ab intestato. *l.* 9. *ff. de suis & legit. her.* si vero ejusdem gradus non adsint, ad proximum gradum vel ordinem devolvitur hereditas. *tot. tit. D. de success. edict.* vel ex testamento, & si heredem conjunctum quis habeat, huic adeunti portio repudiantis obvenit. *l. un.* §. 10. *C. de Caduc. toll.* aut coheres non adest, & tunc juxta *Nov.* 1. *c.* 1. *§.* 1. admittetur, quicunque implebit voluntatem defuncti.

XVIII. DIXIMUS *conjuncto* coheredi accrescere repudiantis hereditatem: sunt autem tria genera seu modi conjunctionum, qui distinguuntur ab orationibus, seu propositionibus, quibus conjunctio profertur. Si namque eadem oratione heredes absque ulla partium mentione instituuntur, *v. gr. Sejus, Mevius & Sempronius heredes sunto*, dicuntur conjuncti re & verbis simul: sin vero eadem quidem oratione ad hereditatem eandem, ejusve partem, vocentur & conjungantur, sed partes adscribantur: *v. gr. Sejus & Mevius heredes sunto æquis partibus; vel ex parte dimidia; item ex singulis quadrantibus*, dicuntur verbis tantum conjuncti: si denique diversis orationibus instituantur heredes: *v. gr. Titius heres esto, Cajus heres est*: dicuntur re tantum conjuncti. *l.* 142. *ff. de V. S.* §. 8. *I. de leg.* RENNEM. *de jure rer. memor.* 2. *Disp.* 19. *th.* 21. *& seqq. & Disp.* 35. *th.* 22. *& seqq.* [z]

y) IDQUE, modo coheres partem suam agnoverit, ex necessitate, etiam ignoranti & invito *L. XXXI. L. LIII.* §. 1. *de acquirend. vel omittend. heredit.* ita quidem, ut ne testator quidem jus accrescendi prohibere possit, nisi in locum heredis deficientis alium substituerit. Quod juris argumentum ex principio, hereditatem pro parte testatam, pro parte intestatam esse non posse, facile deducitur. Sed & hoc patet, præsupponi hic testamentum. Quo vero & ratio juris accrescendi in hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur, pateflat, in subsidium vocandum est principium: Successionem fieri in universum jus defuncti, ita quidem, ut proximior semper excludat remotiorem.

z) OMNE jus accrescendi ex testamento præsupponit conjunctionem, cujus tria genera esse, ex *L. XLII. de verbor. signif. & L. LXXXIX. de Legat. III.* discimus. Quæ ipsa Auctor perspicue satis exposuit. Nec res ullum dubium habet, vel ullam difficultatem, quando duo saltem, vel re, vel verbis, vel mixtim, conjuncti sunt. Si enim uterque partem suam acceptat, res dividitur. Sin unus deficit, deficientis portio alteri accrescit, & quia partem capit ex persona deficientis, non ex persona propria, onus quoque,

XIX. SUNT vero plures instituti vel 1.) uniformiter h. e. aut omnes sunt conjuncti sive verbis & re, sive verbis solum: (aut omnes sunt quoad orationes disjuncti seu re tantum conjuncti: & tunc portio repudiantis seu alias deficientis accrescit reliquis pro hereditariis, quas agnoverunt, portionibus. *l. un.* §. 10. *C. de caduc. toll.* vid. CARPZOV. *p.* 3. *const.* 2. *def.* 14. vel 2.) difformiter, aut diversimode sunt conjuncti; & si quidem defecerit re tantum conjunctus, illius portio reliquis accrescit omnibus; si vero ex conjunctis vel verbis tantum, vel re & verbis simul, defecerit quispiam, illius portio in eodem genere conjunctionis superstitibus accrescit solis, cæteris exclusis. *d. l. un. §.* 10. *& seq.* Exemplo sit hæc dispositio: 1. Sempronius & Mevius mihi heredes sunto; 2. Titius mihi heres esto; 3. Actius mihi heres esto; 4. Pamphylus & Lucius mihi, ex æquis partibus, heredes sunto. Hic trium generum heredes instituti, qui, si omnes concurrant ad hereditatem sibi delatam, hereditas universa in quatuor quadrantes dissecanda: quarum unam percipiunt Sempronius & Mevius simul; secundam Titius; tertiam Actius; quartam denique Pamphylus & Lucius. Fingamus jam, reliquis omnibus portiones suas, hereditatis sibi delatæ, agnoscentibus, solum defecisse Titium: quid juris? Nimirum ut ipsius portio, subdivisa in tres portiunculas, reliquis accrescat omnibus: una nempe Sempronio & Mevio; altera Actio; tertia Pamphylo & Lucio. Quia enim omnes, quoad Titium, re tantum sunt illi conjuncti, nulla subest ratio, cur alter propter arctiorem conjunctionem, (quæ hic nulla) debeat alteri præferri. Fingamus iterum, reliquis omnibus adeuntibus, solum defecisse Sempronium: quid hic statuendum? Videlicet ut hujus portio soli accrescat Mevio, utpote qui re & verbis simul est Sempronio conjunctus, reliqui re tantum, atque ideo huic arctius conjuncto postponendi. Fingamus denuo, reliquis suas portiones agnoscentibus, defecisse Pamphylum, quid hic erit juris? scilicet ut hujus iterum portio soli accrescat Lucio, cui soli fuit conjunctus, licet verbis tantum; disjunctus, a reliquis *d. l. re conjuncti* 89. *de legat.* 3. DONELL. 7. *comm.* 13. idque etiam hanc ob causam, quod, qui conjuncti sunt, sive verbis tantum, sive re simul, propter unitatem sermonis sint in unum quasi corpus redacti, & sic partem sibi conjunctorum vacantem, quasi suam, præoccupant. *d l. un. §. bis ita* 10. *verf. hoc ita. C. de cad. toll.* Unde fit, ut conjuncti cujuslibet generis, cum disjunctis concurrentes, semper unius tantum personæ potestate fungantur, & nihilo plus auferant plures in eodem genere, quam singuli, cum quibus concurrunt, disjuncti: *l.* 34. §. 9. *&* 10. *ff. de leg.* 1. *Attius* 11. *l.* 17. §. 4. *de her. instit.* *

XX. DENIQVE sciendum, ut constet, quem esse heredem scriptum, necesse est, ut testamenta aperiantur. *tot. tit. ff. & C. testam. quemadm. aper.* Est vero hæc

quod emolumento cohæsit, agnoscere debet. Plus tamen difficultatis res habet, si quis forsan subtilitate sua ita sibi placeat, ut unam eandemque rem pluribus, partim re, partim verbis, partim mixtim conjunctis relinquat. Hanc igitur difficultatem, ut tollant Doctores, doctrinæ gratia re conjunctos signo O. O, verbis, conjunctos O-O. mixtim conjunctos OXO notare, atque fundamenti loco præstruere solent, re vel verbis conjunctos esse colleges, non vero mixtim conjunctos. Tum vero regulas hes formant I) Uno herede deficiente portionem ejus accrescere tantum collegæ. II) Sin collegam non habeat, portionem ejus accrescere omnibus, ita tamen, ut collegæ habeantur pro una persona. III) Collegis portionem accrescere cum onere, reliquis sine onere. His vero rite pensitatis de casibus ab Auctore allegatis quilibet facile judicare poterit.

apertura vel simplex & nuda, vel solennis: illam vocamus, qua inspicitur solum testamentum, ut modo inde sciri possit, an debitæ solennitates observatæ; quive adfuerint testes; quis heres scriptus; & quibus aliquid in testamento relictum. *l. ult. C. quemadm. test. aper.* add. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 5. *d.* 25. *n.* 4 *seq.* Atque hæc sufficit in testamentis judicialibus, vel a Notario in publicum instrumentum redactis. CARPZOV. *d. loc. def.* 25. *&* 26. Solennis apertura [a] est, quæ fit citatis (*jure Saxonico trigesimo a morte testatoris die*) a Magistratu competente testatoris heredibus, ac omnibus quorum interest, nec non testibus, ut hi suas subscriptiones & sigilla recognoscant [b]. *l.* 4. *l.* 7. *l.* 1. *§. fin. testam. quemadm. aper.*

ADD. *L. I. tit.* 19. *I. de hered. qualit. & differ.*

# TITULUS XXIV. DE LEGATIS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Præter heredis institutionem continentur sæpius in testamentis legata, quæ describuntur.* L. 30. ff. de legat. & fideicom. 1. L. 31. ff. de leg. & fideicom. 2. L. 32. ff. de legat. & fideicom. 3. II. *Persona legans & cui legatur.* III. *Res, quæ legatur.* IV. *tam corporalis, quam incorporalis.* V. *Etiam futura.* VI. *Aliquando legantur* 1. *annua legata.* L. 33. ff. t. 1. de annuis leg. & fideicomm. VII. 2. *Ususfructus, usus, habitatio.* L. 33. ff. t. 2. de usu & ususr. & reditu & habitat. & oper. per leg. vel fideicomm. datis. VIII. 3. *Servitus prædialis.* L. 33. ff. t. 3. de servitute legata. IX. 4. *Dos legata.* L. 33. ff. t. 4. de dote præleg. X. & XI. 5. *Optio vel electio.* L. 33. ff. t. 5. de optione vel elect. legat. XII. 6. *Triticum, vinum, oleum,* L. 33. ff. t. 6. de tritico, vino vel oleo leg. XIII. 7. *Instructus fundus.* L. 33. ff. t. 7. de instructo vel instrument. legato. XIV. 8. *Penus.* L. 33. ff. t. 9. de penu legata. XV. 9. *Supellex.* L. 33. ff. t. 10. de supellect. leg. XVI. 10 *Aurum, argentum, mundus.* L. 34. ff. t. 2. de auro, arg. mund. orn. unguent. veste vel vestim. & stat. leg. XVII. 11. *Alimenta & cibaria.* L. 34. ff. t. 1. de alim. vel cib. leg. XVIII. 12. *Liberatio, item debitum.* L. 34. ff. t. 3. de lib. leg. XIX. *Defertur legatum etiam ab intestato, coram quinque testibus voluntate ultima expressa, vel etiam ex privilegio duobus.* XX. & XXI. *Relinquuntur legata vel pure, vel adjecta* 1. *conditione.* L. 35. ff. t. 1. de condit. & dem. & caus. & mod. eor. quæ in test. scrib. XXII. *Legatum pœnæ est instar legati conditionalis.* L. 34. ff. t 6. de his, quæ pœn. caus relinq. XXIII. 2 *Die sive certo, eoque aut termino a quo.* L. 36. ff. t. 2. quando dies legat. vel fideicom. cedat. *Aut ad quem;* XXIV. *Sive incerto.* XXV. 3. *Demonstratione.* XXVI. 4. *Causa.* XXVII. 5. *Modo.* XXVIII. *Acquiritur rei pure legatæ dominium ipso jure statim a morte testatoris; ut & hypotheca.* XXIX. *Legatum vel agnoscitur; & res præstanda est cum accessionibus & fructibus.* XXX. *Item damna resarcienda.* XXXI. *Si sponte non præstentur præstanda,*

a) HIC actus solennis non quidem ad substantiam & validitatem intrinsecam testamenti pertinet, nec omissa hac publicatione testamentum vitiatur SCHILTER. *Exercit. XXXVIII. th. CLXX.* STRYCK. *Us. Mod. ad tit. Dig. testament. quemadm. aperiant. § IV.* Pertinet tamen ad veritatem & integritatem testamenti, ut constet omnibus, an omnia solenniter & bona fide in actu testandi gesta sint. Quare iis, quorum interest, ea facultas denegari non poterit, ut publicationem solenniter fieri desiderent LEYSER. *Spec. CCCLXXIII. med. II.*

b) NON tamen necet testamenti validitati, si quidem testes jam sint mortui. Imo ne quidem, si omnes mortui sint, nisi testamentum forsan fuerit nuncupativum. Magistratus enim nihilosecius aperit, & signa testium tamdiu habentur pro incorruptis, donec contrarium probetur, add. SCHILTER. *d. l. § CLXXIV.* ZOESIUM *ad tit. D. testamenta quemadmod. aperiantur. n.* 4. Si tamen vivant adhuc vel omnes, vel quidam testes, eos ad recognitionem sigillorum citari fas est, imo, si recognoscere nolint, tabulæ ipsæ non suspectæ solum, sed &, si de dolo testis convinci nequeat, procul dubio invalidæ erunt, vid. *L. I. in fin. D. testament. quemadmod. aperiantur.* opus

*opus est actionibus.* XXXII. *Vel repudiatur legatum.* XXXIII. *Aliquando cautio præstanda est ab herede de legato suo tempore præstando.* L. 36. ff. t. 3. ut leg. seu fideicomm serv. caus. cav. L. 36. ff. t. 4. ut in possess. leg. vel fideicom. serv. caus. esse lic. XXXIV. *Aliquando legatum adimitur:* L. 34. ff. t. 4. de adim. vel transfer. leg. vel fideicom. *Aliquando corruit.*

I. PRAETER hereditatem, in qua heres quis instituitur, relinqui solent in testamento etiam legata. Est vero legatum [c] donatio quædam [d] a defuncto, verbis scilicet directis, relicta ab herede præstanda. §. 1. *I. de legat.* vel, est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid, h. e. rem aliquam particularem, seu certam pecuniæ quantitatem, collatum velit. *l.* 116. *pr. ff. de leg.* 1.

II. LEGANDI potestatem habet, quisquis testamenti faciendi [e] jus habet, &

c) QUEMADMODUM testamentum Romanis lex erat, de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet, ita legatum, quod testator adscribebat, re ipsa pars legis privatæ erat, vi cujus testator heredi imponebat necessitatem, ut alteri aliquid præstaret. Inde vero natura legatorum antiqua facile dijudicari potest. Nam I) non nisi verbis imperativis & directis relinqui poterant *L. LXXV. §. fin. de condit. & demonstr.* variasque jubendi formulas habebant veteres, quæ & ipsæ diversum simul producebant effectum. Erat autem legatum per vindicationem adhibita formula: Cajo do lego, quo ipso legatario facultas rem legatam a quovis possessore vindicandi competebat ULPIAN. *Frag. T. XXIV. §. II.* Erat legatum per damnationem, quod formula: Heres meus damnas esto, expediebatur, eo fine, ut lis inficiando cresceret in duplum. PAULUS *Recept. sentent. Lib. I. Tit. XIX. §. I.* Erat legatum sinendi modo per formulam: Heres meus sinat Titium sumere, cujus effectum tamen ignorant eruditi vid. CAJI *Instit. Lib. II. Tit. V. §. VI.* ibique SCHULTINGIUM. Erat denique legatum per præceptionem, verbis his ad legatarium directis: Lucius Titius hanc rem præcipito, quod prælegatum dicebatur, cohæredibus præprimis utile, ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIV. §. VI.* II) Non nisi ab herede præstanda relinquebantur *§. I. J. de Legat. L. CXVI. pr. de Legat. I.* III) heredi ipsi, si coheredem non haberet, legari non poterat *d. L. CXVI. §. I. de Legat. I.* IV) Legatarius præstationem legati ab herede expectare debebat, propria auctoritate occupare non poterat *L. I. §. II. quod legat.* Quamvis enim Leges legatum ipso jure acquiri dicant *L. VIII. de Legat. II.* id tamen de dominio solum intelligendum est & jure, possessio autem legati absque facto heredis non transit. Quare etiam, nisi heres adeat hereditatem, legatum non debetur. Verum enim vero, si id, quod n. IV. diximus, excipias, novo jure longe aliam viam ingressi sunt legislatores, ut legato sua constet validitas. Noluerunt enim verborum conceptionem respici, sed qualiacunque sufficere jusserunt verba, imo & nutum, modo de voluntate testatoris constaret. *§. III. J. de Legat. L. I. C. Communia de legat. L. XXI. pr. de Legat. III.* Permiserunt insuper, ut omnibus iis testator legati præstationem injungeret, quos ex propriis suis bonis honorasset, ea vero ratione legatum ab ipso legatario præstandum relinqueret *L. I. pr. L. XXXVII. §. III. de Legat. III. L. LXXIV. de Legat. I.* modo non plus oneraret eum, qui præstare debebat, quam ille honoratus esset *L. I. §. XVII. ad SCtum Trebell.* Porro & uni heredi, etiamsi coheredem non habeat, legatum tamen relinqui posse, ex *§. IX. J. de fideic. heredit.* constat.

d) QUIA a liberalitate testatoris proficiscitur. Nam in reliquis a donationibus quam maxime differt, cum neque acceptationem requirat, sed ignoranti quoque utile sit, nec ita firmum jus tribuat legatario, ut testator facultatem revocandi sibi ademisse censeatur. Verum & differt ab hereditate. Heres enim titulo universali in omnia jura defuncti succedit, in testamento solum instituitur, & simul oneris particeps fit. Legatarius vero titulo singulari acquirit, onus non agnoscit, & ex Codicillo etiam legatum capit.

e) UT tamen jus legatum in Codicillis relinquendi non excludatur, & e contrario legatum non assignetur, nisi in ultima voluntate, quæ quinque testium præsentia munita est *§. ult. J. de fideicommiss. L. XXII. C. de fideicommiss.* Valet tamen legatum etiam absque testibus reli-

relinquuntur legata iis, cum quibus est testamenti factio, h. e. qui in testamento heredes institui queunt. § 24. *I. de legat.* Possunt legata relinqui præstanda ab iis, ad quos aliquid morte testatoris est perventurum. vid. *l.* 1. *§.* 6. *ff. de legat.* 3. *l.* 92. §. *ult. ff. de legat.* 1.

III. RELINQUITUR legata res vel ita, ut directo ex ipsis bonis hereditariis legatario quid deferatur; vel per indirectum, quando ille, qui accepit bona hereditaria, quasi loco eorum, aliam rem vel factum præstare jubetur [f], §. 21. *I. de leg.* *l.* 122. § *ult. ff. de leg.* 1.

IV. NON solum res corporales, tam mobiles quam immobiles, sed etiam incorporales legari possunt, ut debita, servitutes & alia jura. *tot. tit. ff. de usu & usufr. & habitat. legat.* Sic & legatario ceduntur actiones, ob debita competentes. §. 21. *I. de legat.* *l.* 18 *C. eod.* Si vero testator vivus debitum, quod alicui legaverat, exegerit [g], legatum ademisse videtur. *l.* 75. §. 2. *de legat.* 1. Porro si testator creditori suo rem, quam ipsi pignori dederat, legavit, retinere illam creditor potest, nec, oblato ab heredibus debito, eam restituere cogitur: si vero testator rem, pignori alteri obligatam, alicui leget, heres eam luere tenetur [h]; modo legatarius probet, testatorem scivisse, rem esse oppignoratam; si ignoraverit, res cum onere transit ad legatarium *l.* 57. *ff. de legat.* 1. CARPZOV. *dec.* 20.

V. EA quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur [i]; veluti fructus, qui in eo fundo nati erunt, quos, postea natos, heres tradere debet. §. 7. *I. de legat.* *l.* 24. *pr. ff. de leg.* 1.

ctum, si ejus præstationem testator heredi præsenti injunxerit *L. ult. C. de Codicill.*

*f*) SIC etiam nil obest, ne testator heredi, ut propriam suam rem legatario præstet, injungat. *L. LXVII. §. VIII. de legat II.* Imo & aliena res olim legari poterat, a sciente testatore, hanc rem esse alienam. Idque eum habebat effectum, ut heres vel eam redimeret, vel ejus æstimationem præstaret *§. IV. J. de Legat.* Dissentit tamen Pontifex in *cap fin. X*. de testament.* Sed Jus Romanum non intellexit, eumque ejus esse sensum credidit, tanquam dominus rei alienæ invitus cogi possit ad rem vendendam. Quare apte satis judicat BÖHMER. *Jur. Eccles. Lib III. Tit. XXVI. § LV* falli eos, qui legatum rei alienæ de Jure Canonico non subsistere dicunt. Dum enim Pontifex Jus Civile emendat, ubi emendatione non erat opus, re ipsa id jus non correxit. Add. VINNIUM *Select. qu. Lib. II. cap. XXVI.* Anne vero testator legare potest rem legatarii? Negant leges, cum, quod proprium jam legatarii est, amplius ejus fieri non possit §. X *J. de Legat.* modo tamen testator vel tertius aliud forsan jus in re legatarii non habeat. Tum enim valere poterit legatum instar remissionis, ut sic interpretes regulam forment: Tantum videri cuique in re sua legatum, quantum in ea jus habuit testator vel tertius COCCEJUS *Diss. de legat. rei propr. & alien. cap. III.*

*g*) SECUS itaque est, si non testator ipse sua sponte exegerit, sed debitor testatori sponte obtulerit. Hoc enim in casu tantum abest, ut legatum censeatur ademtum, ut potius adhuc peti possit *L. XI §. XIII. D. de Legat. III.*

*h*) SIC vero nullum creditori, pignus retinendi, jus conceditur, ut erronee ex sfirmat ANIANUS *ad Paul. Recept. Sentent. L. III. tit. VI. §. VIII.* qui eum sibi sensum *§. V. J. de Legat.* fingit, tanquam re, creditori obligata, legata, semper id actum videatur, ut creditor pignus retinere, & pecuniam debitam ab heredibus debitoris nihilosecius exigere possit. Conf. *Constit. omiss. Manip. III obs III.* Nam probe discernendi sunt casus. Aut enim res creditori obligata legatur tertio, aut ipsi creditori. Ibi legatum subsistit tanquam legatum rei alienæ, eo effectu, ut heres eam luere & tertio tradere debeat. si sciverit testator, rem esse obligatam *L. LVII. D. de Legat. I. L. VI. C. de fideic.* Hic vero cre-

VI. CAETERUM peculiaribus digestorum titulis variæ res exponuntur, quæ legari solent. vid. *Lib.* 33. *&* 34. *Pandect.* Ita in specie de annuo legato vel pensione, aut annuo reditu relicto, sequens distinctio observanda est [k]. Si testator annuum legatum non solum certæ personæ, sed & ejus heredibus præstari voluit, exactio ejus non solum ad primi generis heredes, sed eorum etiam successores, & heredes alios pertinet: si vero heredum nullam mentionem fecerit testator, non nisi legatario, quamdiu vivit, legatum annuatim præstandum est. vid. *tit. de annuis legat. & fideic.* add. JOHANN A SAND. *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 8.

VII. USUFRUCTU omnium bonorum legato, quin de omnibus iis, quæ testatoris erant, intelligatur, dubium non est: cum nulla sit res, quæ in usumfructum non cadat. *l.* 69. *ff. ad leg. Falcid. & l.* 29. *ff. de usufruct.* Quod tamen restringendum ad ea, de quibus testator disponere potest [l]: cum in his, quibus testatoris potestas de-

ditor pignus retinet, & heres illi debitum nihilosecius exsolvit *L. LXXXV. D. de Legat. I. L. XVI. C. de Legat.*

*i*) QUOD legatum, ut Interpretes *ad §. VII. J. de Legat.* docent, ratione transmissionis pro puro habetur, ut legatarius illud transmittat ad heredes, licet ante natos fructus moriatur. *L. XCIX. D. de condition. & demonstrat.* Ratione obligationis autem, quam heres recipit, est conditionale. Unde si simpliciter fructus legati, tantum debetur, quantum nascitur. Sin certa quantitas, loco demonstrative adjecto, tum debetur quantitas, utut nihil nascatur, & heres quantitatem aliunde supplere debet. Si denique quantitas, loco restrictive addito, tum, si nil nascitur, nil debet heres. Alias tantum præstet, quantum nascitur, non tamen plus, quam legatum est.

*k*) QUEMADMODUM a legato annuo, quod in singulos annos vel menses præstandum relinquitur, probe discernendum venit legatum certæ summæ, cujus solutio in aliquot terminos est divisa, cum posterius semper unum legatum sit, prius plura legata contineat *L. IV. D. de annuis & menstr. legat.* ita multum etiam discriminis inter ipsa legata annua intercedit. Aut enim temporalia sunt, ad vitam legatarii restricta, aut perpetua & heredibus simul, vel etiam corpori mystico, quod non moritur, relicta. Ibi legatum ratione primi anni a morte testatoris computandi est purum, quia ipso jure ad legatarium venit, & sic ad heredes transmittitur, ratione sequentium annorum est conditionatum, & præsupponit, legatarium vivere *L. IV. D. Eod.* quamvis sufficiat, legatarium sub ingressum anni vixisse *L. VIII. D. Eod.* Deinde non unum est legatum, sed plura continet. Sic vero una præscriptione non exspirat, sed singulis annis nova præscriptio currere incipit. *L. VII. §. VI. D. de præscript. 30. annor.* Hinc, si per quinquaginta annos non esset petitum, peti tamen adhuc potest tum ratione præteriti, quatenus præscriptio XXX. annorum nondum est impleta, tum ratione futuri, quia præscriptio hic ne quidem est inchoata BARTHOLDI *Diss. de jur. initii cap.* III. §. XVII. Hic vero, nimirum in legato annuo perpetuo, conditio cessat, cum per se purum sit, præterea plura non continet legata, sed unum est, & una quoque præscriptione tollitur *L. XX. D. quand. dies legat.* add. BÖHMER. *Jur. Eccles. Protest. tit. de præscript.* §. II. *sqq.*

*l*) PER se itaque patet, prius deducendum esse æs alienum *L. fin. D. de usufr. legat.* Deinde id etiam agere debet testator, ne dodrantis æstimationem excedat usufructus. Quartam enim heres salvam habere debet. Quare & hic, si hujus quartæ immemor fuerit testator, quartam fructuum quotannis deducit *L. I. §. IX. D. ad L. Falcid.* In ipso interim usufructu legato legatarius plus juris non consequitur, quam usufructuario de jure competit, etiamsi testator usumfructum legaverit, data usufructuario libera facultate, de re disponendi. Quod enim ait CARPZOV. *P. III. Const. XIII. def. XI.* posse hoc in casu usufructuarium alienare, id cum natura usufructus pugnat, cui prohibitio de alienatione inest *L. IX. C. de Usufr.* Merito igitur libera illa dispositio intelligenda est pro substrata materia, atque de tali dispositione explicanda, quæ naturæ ususfructus convenit, & proprietarii jus non intervertit, LEYSER. *Spec. CVI. med. I.* Modo tamen testatoris voluntas non adeo manifesta sit

ficit, voluntatis conjectura opus non sit. Quare usufructu bonorum omnium legato, feudalium bonorum, de quibus testator non potuit disponere, ususfructus non continebitur. *arg.* 1. *feud.* 8. Sed controvertitur, an usufructu omnium bonorum legato, legatus etiam censeatur ususfructus eorum, quæ fideicommisso subjecta sunt? Distinguendum volunt, ut debeatur etiam eorum, quæ testator debuit restituere heredi a se instituto [m], non vero eorum, quæ alteri quam heredi, post mortem testatoris veniunt restituenda; ut late MANTICA *de conjectur ultim. volunt. libr.* 9. *tit.* 6. *num.* 8. *&* 9. PEREGRIN. *de fideicommiss. art.* 6. *num.* 8. MENOCH. *lib.* 4. *Præsumpt.* 142. *num.* 12. atque ita etiam decisum refert JOHAN. A SANDE *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 9. Porro non convenit inter interpretes, utrum herede simpliciter instituto, is, cui legatus est ususfructus omnium bonorum, plenum & integrum usumfructum omnium bonorum consequatur, an vero heres institutus concurrat in usufructu, & per concursum partes faciat? Quidam volunt, legatarium pro parte tantum dimidia usumfructum consequi, sic ut heres alteram dimidiam per concursum accipiat *arg. l.* 19. *ff. de usufr. legat.* quomodo ex doctrina BALDI *ad l. ult. de indict. viduitat. tollend.* & COVARRUV. *Var. Resol. lib.* 2. *c.* 2. *num.* 7. a Sabaudiæ senatu decisum refert ANTON. FABER *ad. Cod. l.* 6. *tit.* 19. *defin.* 3. quam legem tamen rectius alii restringunt ad eum casum, quo testator uni fundum legavit, non addito: detracto usufructu, aut simili restrictione; alteri ejusdem fundi usumfructum, quo casu secundum *d. l.* 19. ambo concurrunt in usufructu, quia fundi appellatio ex proprietate & usufructu consistit, quorum altero deficiente non dicitur fundus, sed nuda proprietas, vel nudus ususfructus *l.* 58. *ff. de verb obligat.* Sed cum testator instituit aliquem in omnibus bonis, & alteri relinquit usumfructum unius rei, vel etiam omnium bonorum usumfructum: non constat, eum voluisse, heredem institutum ex usufructu legato aliquid consequi, sed nudam tantum proprietatem illi esse relictam: ut post MANTIC. *de conjectur. ultimar. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 17. *seq.* elegantissime GOMEZ. *Var. Resolut. tom.* 2. *cap* 15. *num* 5. *tradit.* Cæterum si morum simplicitatem spectemus, si ali fundum, ali usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, ita contra juris apices, ex benigna interpretatione, testatoris voluntatem capiendam esse videtur, ut non alio proposito id fecisse, quam ut alter nudam proprietatem habeat, alter vero plenum usumfructum [n], adeoque ipsum usumfructum a fundi pre-

ut appareat, plus eum relinquere voluisse, quam solam utendi fruendi facultatem. Voluntatem enim testatoris potius, quam verba inspici jubet *L. III. C. de liber. præt.* & sic etiam vox ususfructus posthaberi potest, si de mente testatoris constet *L. XV. D. de aur. argent.* CARPZOV. *P. III. Constit. XIII. def. X.* LEYSER. *Spec. CCCLXXXIV. med. I.*

*m*) CUJUS ratio non aliunde petenda est, quam quod testator heredem, quem honoravit, in rebus etiam propriis gravare possit.

*n*) QUOD quidem alii cum CARPZOVIO *P. III. Const. XIII. def. VII.* in dubium vocant, cum testator, nisi aliud clare dixerit, jurium dispositioni se conformasse censeatur. Sed sufficiens adest ratio, cur Autoris nostri sententiæ, quam & HERTIUS *Diss. de servitut. facto constuut. Sect. III. obs. I.* suam facit, accedamus. Decisio enim Juris Romani, quæ in *L. VI. de usufr. ear. rer. & L. XIX. de Usufr. legat.* extat, ex natura verborum directorum sive solennium, quibus olim utebantur testatores, quæque stricte sequi solebant JCti, desumta est. Ut ut igitur testator eo forsan proposito uli fundum simpliciter, ali usumfructum fundi ejusdem legasset, quia tamen non addidit, fundum simpliciter legatum alterum habere debere, deducto usufructu §. *I. J. de Usufr.* fundus vero simpli-

prietate separasse videatur: quare, ne, dum nimia circum hujusmodi casus utimur subtilitate, testantium judicia fraudentur, eatenus eundem textum abrogatum censet AUTUMN. & GROENEWEG. *ibid.* vid. etiam ARNOLD. VINN. *Select. ar. quæst. lib. 2. quæst. 26. in fin.* SIM. VAN LEUWEN. *cens. for. l. 3. cap 8. num. 8. & seqq.*

VIII. LEGATUR etiam servitus prædialis. *l. 1. ff. de servit. legat.* cum vero a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partes non recipit, singuli heredes in solidum tenentur: uno autem viam præstante, reliqui sunt liberati *l. fin. d. t.*

IX. DE dote legata * videndum primo, an legatum, pro dote aut nuptiarum causa relictum, sit purum an conditionale, ad hoc, ut defuncto legatario, antequam nuptias contraxerit, ad heredes transmittatur? Quod in dubio non purum, sed conditionale est, *arg. l. 71. §. 3. ff. de condit. & demonstrat.* quia promissio, dotis caussa facta, eam conditionem in se habet: si nuptiæ sequantur. *L. 17. §. 1. ff. de jur. dot.* Quomodo etiam se habet legatum, in quo nuptiarum causa exprimitur *l 31. l. 91. ff. de condit. & demonstrat. l. 21. pr. ff. quando dies legator.* Quare si legatarius decedat, antequam matrimonium vel nuptias contraxerit, legatum extinguitur & hereditari accrescit, nec ad legatarii heredes transmittitur, eo quod legati conditio defecerit, *arg. l. unic. §. 7. C. de caduc. tollend. & d. l. 71. §. 3. ff. de condit. & demonstr.* Præterquam in filia, cui pater dotis legatum reliquit, quod liberorum favore, ex tacita voluntatis conjectura, pro puro, & ad heredes transmissibili, habetur, quasi pro legitima sit relictum. Unde etiam, licet filia, legatorum non habeat actionem, si ea, quæ ei in testamento reliquit vivus pater, postea in dotem dederit *l. 11. C. de legat.* si tamen pater quadringenta ei dotis nomine reliquit, postea vivus ducenta tantum in dotem dedit, nec testamentum mutavit, filiam habere

citer positus usumfructum jam includit, hunc ipsum JCti cum utroque communicare non dubitarunt. Verum enim vero neminem fugit, sublata esse solennia verborum, legemque judici dictam, ut secundum præsumtam testatoris voluntatem judicet. Sic vero, si a formulis discesseris, non aliter judicare poterit, quam alteri proprietatem nudam, alteri usumfructum assignando. Sed & hoc addendum, ipsos Romanos subintellexisse casum, ubi eadem res alteri simpliciter, alteri cum usufructu sub eodem titulo erat relicta. Nam diversus si adesset in alterutro titulus v. c. Titius in fundo Tusculano heres esto. Mevio usumfructum fundi Tusculani do lego; ille partem usufructus non capiebat, ut Auctor recte monet.

o) ALIA ratio est dotis legatæ, alia dotis prælegatæ. Ibi intelligitur dos virgini ratione futuri, & sub conditione tacita, si nuptiæ sequantur, relicta. Idque legatum conditionale esse, & nuptiis non secutis non deberi ex *L. LXXI. §. III. de condition & demonstrat.* constat, nisi I) filiæ dos relicta, ut cum sororibus jam dotatis exæquetur. Dos enim profectitia instar alimentorum erat, eamque pater filiæ debebat, etiamsi hæc non nupsisset viro. Quo adhuc hodie ad dotem ex feudo constituendam recte applicatur. II) In favorem legatariæ nuptiarum mentio sit adjecta. Quod autem attinet prælegatum dotis, id præsupponit restitutionem dotis, ab uxore marito illatæ. Idque primo intuitu efficaciam ullam habere non videtur, cum uxori dos etiam non prælegata ex bonis mariti restituenda sit. Verum enim vero plenius est legatum, quam de dote actio §. *XV. J. de legat.* Nam efficit illud I) ut uxor dotem in re mobili consistentem, quam antea post annum demum petere poterat, nunc statim exigere possit, II) ut impensæ in dotem a marito factæ ab heredibus ejus non possint repeti *L. II. & IV. D. de dot. præleg.* III) ut uxor non debeat probare illationem dotis, quatenus cum liberis concurrit LUDOVICI *Diss. de probat. illat. dot.* IV) ut heres dotem restituere debeat, etiamsi uxor dotem ne intulerit quidem. Quod vero tum demum procedit, si certa quantitas in legato sit expressa. Nam si simpliciter dos, quam non accepit maritus, legata sit, inutile est legatum §. *XV. J. de Legat.*

adhuc actionem ad residuum petendum, quasi non acceperit totam quantitatem, a patre testamento relictam, contra Dynum ex Oldradi sententia placuit OLDRAD. *ad d. l.* 11. *C. de legat.* quem sequuntur BALDUS. CASTR. JASON, & Doctores Communes FACHIN. *l.* 5. *contr. cap.* 55. GRASS. *recept. fentent. quæst.* 38. *num.* 3. Sed & eam limitationem recipit illa regula, quod legatum tale pro puro & transmissibili habeatur, quando ex conjecturis liquet, testatorem magis de modo, quam conditione sensisse: veluti si tempus certæ ætatis, matrimonii, dotis, aut nuptiarum adjiciatur post præcedentem dispositionem puram, aut quando fit mentio nuptiarum in ea parte testamenti, quæ ad executionem legati, non vero ad dispositionem pertinet: quo casu non ad faciendam conditionem, sed differendæ saltem solutionis causa adjectum intelligitur: quod transmissionem non impedit. *arg. l.* 5. *C. quando dies legator.* Secundum quam distinctionem post PETR. HEIG. *quæst.* 31. *num.* 13. & 15. in foro Saxonico judicatum refert CARPZ. *defin. forens. part.* 3. *const.* 13. *def.* 25.

X. CAETERUM de prælegatis illud quæritur [p], utrum ille, cui prælegatum est relictum, legatum agnoscendo, hæreditatem repudiare possit? quod distinguendo procedit, ut heres repudiare hereditatem possit, salvo sibi prælegato *arg. l.* 87. *cum sq. ff. de legat.* 1. juncta *l.* 12. *C. de legat.* nisi non aliter testator voluerit heredem habere legatum, quam si hereditatem retinuerit: quo casu omittenti vel repudianti hereditatem, adversus coheredem legatum petenti, actio denegatur. *l.* 88. *eod. de leg.* 1. Atque ita decisum refert JOAN. A SANDE *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 7. SIMON VAN LEUWEN. *d. l. n.* 10. *& seqq.*

XI. SI quando equus, ager, jumentum, aut quid simile in genere sit relictum [q], nec optimum, nec pessimum, sed mediocre deberi, communiter tradunt interpretes; *l.* 37. *pr. ff. de leg.* 1. nisi testator aliud voluerit. § 22. *Instit. de legat. l.* 2. *in pr. ff. de opt. legat. arg. l.* 110. *ff. de leg.* 1. cui sententiæ etiam adstipulatur CARPZOV. *Jurispr. forens. part.* 3. *const.* 13. *defin.* 30. *in fin.* nisi optio vel electio nominatim legata fuerit, tunc enim tributa censetur potestas optimum eligendi. vid. *tit. D. de opt. vel elect. legat.*

p) PRAELEGATUM illud dicitur, quando testator uni ex pluribus heredibus certam rem præcipuam assignat. Idque tam expresse, quam tacite fieri potest. *L. LXXXVI. de Legat. II. L. XVIII. C. famil. hercisc.* modo de animo prælegandi, præsumto minimum, constet. Quare ex simplici divisione inter coheredes facta non præsumitur. *L. XX. §. III. D. famil. hercisc.* Multum vero interest, quo animo testator prælegatum reliquerit. Nam regulariter istiusmodi coheres, qui & partem hereditatis, & prælegatum capit, duplicem personam repræsentat, alteram heredis, alteram legatarii. Eo respectu rem cum onere acquirit, & in jura defuncti tam activa, quam passiva succedit. Hoc rem suam facit absque onere.

q) GENUS, quod præmonendum duxi, JCtis idem est, quod Logici speciem vocant, species vero illis individuum nominatur. Quod autem legatum generis attinet, id ipsum, cum electionem speciei tacite concedat, ita semper capiendum est, ut, quisquis eligat, mediocritatem servet. Si enim legatario concessa electio, ille non potest eligere optimum *L. II. §. I. De option. leg. L. XXXVII. pr. D. de Legat. I.* nisi id sigillatim ipsi concesserit testator, ut optimum eligat, quod optionis legatum vocatur. *L. IX. §. I. D. de dol. mal.* Si heredi electio permissa, ille non debet eligere pessimum. *L. CX. D. de Legat. I.* Imo etiamsi optio legata, ita tamen, ut electio in arbitrium tertii conferatur, & hic mediocritatem tenere debet. *L. III. §. I. C. Commun. de legat.* Idem juris est, si legatarius in subsidium, deficiente arbitro, optat. Quid vero, si genus legatum, & species in hereditate non extet? Tum aut genus determinationem habet a facto homi-

XII. De legato tritico, vino, oleo sciendum, quod hujusmodi res relinquantur vel 1.) expressa & quantitate, & qualitate, & in ea præstandæ erunt [r]: si tamen id, quod in fundo natum, legatum fuerit, non plus præstandum, quam natum. *l.5. l.13. ff. de trit. vin. vel ol. leg.* vel 2.) alterutra non expressa, & quidem expressa tantum quantitate, sed non qualitate, heres dabit, quale volet. *l.4. ff. de trit. vin. ol. leg.* add. *l.2.* § 1. *eod.* non tamen debet quid impossibile præstari *l.7. §.1. ff. h.* vel 3.) si constet quidem de qualitate, sed indefinite legatum sit conceptum, tum id omne debebitur, quod testator mortis tempore reliquit *l.7. pr. d. t.*

XIII. Potest a testatore legari fundus simpliciter, vel cum instrumento: potest etiam legari fundus instructus, aut ut instructus est, quibuscunque tandem verbis testator uti velit. *t. t. ff. de instr. vel. instr. leg.* Circa quæ tamen notandum [s], plenius esse legatum fundi instructi, (*eines Gutes mit völliger Einrichtung*) quam legatum fundi cum instrumento, cum illud omne patrisfamilias proprium instrumentum, quo fundus instructus est, eaque omnia, quæ ibi habuit, ut instructior esset, contineat, ac proinde etiam suppellectilem, mensas, scamna, vitra, aurum & argentum, vina quoque, quæ ibi fuerunt & oleum. *l. 12. §. 27. & 39. ff. de instruct. vel instrum legat.* nec non cibaria & utensilia, mancipia & alimenta, ad alenda pecora & ministros, necessaria, *d. l.12. §.28. 35. & 36. l.20. in pr. & seq. de instruct. vel instrum. leg. l.2. C. de verb. & rer. signif.* late Jacob Menoch. *de Præs. lib.4. Præsumt.* 154. *num.* 14. hoc vero tantum ipsius agri instrumentum spectat necessarium. *d. l.12. §. 1.2. & seq.* Quod tamen restringendum ad ea, quæ, & quatenus usui fundi inserviunt: secus vero si non usus, sed custodiæ, aut alterius causa ibi sint: quomodo nec frumentum venale, nec fructus eo repositi, in alium, quam fundi usum, convertendi, fundo licet instructo legato, venire possunt. *d. l.12. §.29. 30. & 37 ff. de instruct. vel instrum. legat.* sicuti nec ea, quæ tutelæ causa ob incursionem latronum testator ibi habuit. *l.1. C. de verb signif.* neque imagines, quæ in ornatu villæ non fuerunt, neque vina in horreis reposita, quibus alibi instrueretur paterfamilias. *d. l.12. § 36. & 39.*

XIV. Penu legata continentur [t], quæ esui potuique sunt, & quæ illarum rerum ad usum patrisfamilias, uxoris, liberorumve ejus, familiæ, amicorum, & univer-

nis, & legatum fine dubio erit inutile, cum heres speciem ad minimum redigere possit. *L.* LXXI. *pr. de Legat.* I. *L.* XXIV. §. III. *Eod.* aut determinationem habet a natura, & validum est legatum *L.* LXXXIV. § III. *de Legat.* I.

r) Etiamsi locus adjectus sit, ex quo desumenda sit quantitas. Nam regulariter hoc demonstrationis causa solum factum esse, & heredi consilium solum suppeditatum videtur, unde desumat *L.* XIII. *D. de tritic. vin. & oleo legat.* Quodsi vero appareat, qualitatem & quantitatem ad certum locum determinatam esse, plus non debetur, quam ibi reperitur *L. V. Eod.*

s) Instrumentum denotat omne id, quod quærendorum, cogendorum, & conservandorum fructuum causa paratum est, vel quod ad possessionem fundi exercendam facit *L.* VIII. *L* XII. §. I. *de instruct. vel instrum. leg.* Instructus fundos complectitur ea, quæ ad usum perpetuum destinata sunt. Habetur vero instrumentum cum fundo simul legatum pro accessorio fundi, ut sic, re principali pereunte, nec instrumentum debeatur, nisi fundus & instrumentum in legato sit. Tum enim utrumque pro principali habetur, & alterum debetur, etiamsi alterum perierit. §.XVII. *J. de Legat.* *L.*I. *L. V. D. de instruct.* Sed quis non videt, hæc omnia antiquam formularum cantilenam sapere, apud nos vero vix vocabula his distinctionibus inservientia reperiri.

t) Ut penus in *L.* IV. § III. *D de pen. legat.* generis omnis dicitur, ita & ejus sensus

sorum, quos circa se habet, parata sunt, nec non jumentorum, quæ usibus ipsius, & amicorum deserviunt. vid. *l.* 3. *pr.* §. 8. *& seqq. ff. de pen. leg.* item vasa, fine quibus penus non potest haberi. *d. l.* 3. §. *f. l.* 6. *d. tit.* nec non ligna & carbones. *d. l.* 3. §. 9. *d. tit.* non vero medicamenta. *l.* 5. *d. tit.*

XV. SUPPELLECTILIS legati nomine venit [u] domesticum patrisfamilias instrumentum, & quicquid ad quotidianum rei domesticæ usum pertinet, *l.* 1. *l.* 6. *ff. de suppellect. legat.*

XVI. AURI & argenti nomine, secundum communem loquendi modum, omne aurum & argentum venit, factum & infectum, qualecunque sit; sed si uni legetur aurum, alteri suppellex, tum illud, quod in supellectile est, ab alio auro separatur. *l.* 1. *pr ff. de auro, argento, mundo &c. legato.* Omni argento legato, hodie numeratam quoque pecuniam deberi volunt. PAPON. *Notair.* 1. *lib.* 10. *de legs. vers. latevisieme.* & AUTUMN. *Cens. Gall. ad l.* 27. §. 1. *ff. de auro & argent. legat.* Quod tamen cum nostris, & aliorum moribus non convenit, quibus inter aurum & argentum, pecuniamque numeratam perpetua est distinctio [x]. *l.* 5. *pr. ff. de verb. sign. & ibi* GOED. *n.* 35. GROENEWEG. *tract. de legib. abrog. ad l.* 27. §. 1. *ff. de auro & argent. legat.* An vero supellectilis appellatione veniat scyphus aureus, aut aliud instrumentum ex auro vel argento confectum, a communi usu & consuetudine, & præsumta testatoris voluntate dependet, cum sæpissime eveniat, ut pro cujusque facultate instrumentum domestico-quotidianum sit aureum, aut argenteum, quo refer. *l.* 3. §. 5. *ff. de supellect. legat.* add. *l.* 8. *eod.* ZAS. *ad l.* 41. §. 14. *ff. de legat. num.* 17. BALD. *ad l ex facto* 35. §. 3. *ff. de hered. instit.* Quomodo in suprema Hollandiæ Curia judicatum refert NEOSTAD. *Decis.* 19. Appellatione mundi venit, quo mulier uti solet, ut mundior esset; ornamenti, quo ornatior [y], quæ recensentur in

Jure Romano tam late patet, ut ne in vernacula quidem experiatur vocabulum, quod legatum penus exhauriat. Putant alii, sufficere verba: *Allerhand Vorrath von Essen und Trincken,* STRYCK. *Us. Mod. D. d. tit.* §. II. BÖHMER. *Jur. Digest. eod. tit.* §. II. Sed certe carbones & ligna huc trahi nequeunt. BERGERUS *Oec. Jur. Lib.* II. *Tit.* IV. §. XXVII. substituit *Küchen-und Keller-Vorrath.* LEYSER. *Spec.* CCCLXXXIX. *med.* II. voces, *Hof-Speise, Victualien, Brödung* adhiberi posse putat. Sed & ipse iterum fatetur, latius patere vocem penus his omnibus. Dum itaque vocabulum non habemus, quod rem designat, forsan nec habebimus legatum penus. Certe optime agit testator, qui non multum desudat in verbo quodam generali inveniendo, sed rem ipsam & voluntatem clare exprimit.

u) *Was man zur täglichen Nothdurfft vor sich und seine Familie im Hause braucht.* Et sic etiam vasa aurea & argentea, quæ olim, ubi seculi severitas talem luxum non admittebat *L.* I. *D. de suppellect. legat.* excepta erant hodie ex genio seculi ad suppellectilem referri debent. CARPZOV. *Lib.* VI. *Resp.* XXXIV. *n.* 40. Cum igitur eo respiciendum sit, an suppellex communi usui inserviarit, per se patet, sub tali legato non comprehendi, quæ ad artificis genus spectant *L.* VI. *D. Eod.* nec ea, quæ splendoris & ornatus gratia in ædibus reperiuntur. Unde vereor, ne vocabulum *Hausrath*, quod nostrates adhibent, latius pateat legato suppellectilis. Nec commode adhibebimus vocem *Meublen*, cum utraque vox in propria significatione de iis etiam rebus accipi soleat, quæ usui quotidiano non inserviunt. Certe eum, qui legat *den Hausrath oder die Meublen*, easque voces ad suppellectilem, quotidianis usibus destinatam, restringi cupit, id clare exprimere debere existimo.

x) HINC recte forment regulam generalem: Sub legato auri & argenti eam solum speciem contineri, quæ pretium commune habet, non eam, quæ habet pretium eminens. Quodsi tamen testator forsan aliud aurum vel argentum, quam signatum, non relinquat, huc legatum erit trahendum BRUNNEMANN. ad *L.* XIX. *D. de aur. argent.*

*l.* 25.

*l.25.* §.10. *ff. de auro & argento legato l.39. eod.* Vestes, an vestimenta legentur, nihil refert [z], eoque pertinent omnia, quæ ad corporis testatoris amictum, & tegumentum quo quomodo faciunt. *l.23. ff. de auro & argent. legat.* aurum & argentum tamen non continetur. *l.4. ff. de legat.* 1. nisi sit contextum, sive annexum. *l.19. § 5. ff. de aur. & argent. legat. & ibi* BART. Sed si cui vestes pro suo amictu comparandæ legentur, quales præstari debeant, ex verbis testatoris, aut saltem ex ejus voluntate colligi debet, aut alias secundum statum & conditionem personæ legatarii, juxta ea, quæ tractat MANTIC. *de conjectur. ultimar. volunt.* & post eum CARPZOV. *Jurisprud. forens. part.3. const.* 13. *def.* 24.

XVII. ALIMENTA sunt, sine quibus commode vivere non possumus, quæ in victu, amictu & habitatione consistunt. *l 6. ff. de aliment. vel cibar. legat. & l.43. l.234. §.2. ff. de verb. sign.* Germ. *Unterhalt*, sic ut non cibaria tantum, sed etiam habitationem, & vestimenta contineant, GRATIAN. *discept. forens. tom.4. cap.6. n.*10. SURD. *de aliment. tit.* 4. *quæst.*4. MYNSING. *Cent.*3. *observ.* 12. medicinas etiam & pharmaca. PECK. *de testam. conjug. lib. 5. cap. 25. num.* 1. & præstantur secundum vires patrimonii, dignitatem & qualitatem personæ legatarii. *l.* 10. §.2. *l.* 22. *ff. de aliment. legat.* late SURD. *d. tit.*4. Cibariorum sive victus nomine (nobis *Kost*) ea tantum comprehenduntur, quæ ad victum pertinent, ita ut nec habitatio, nec vestitus contineatur *d. l.43. & seqq. ff. de verb. signif. l.21. de alim. vel cib. leg.* nisi hoc ab ipso testatore prætereа exprimatur, *ut in l.18. §. ult. ff. h.* cui add. *l.21. eod.* Sed an alimentorum legato etiam studia, & ea quæ ad disciplinas spectant, comprehendantur? quidam volunt, *arg. l.4. ff. ubi pupill. educ.* ubi tamen ea, quæ in disciplinam erogantur, ab alimentis distingui constat, & ex testatoris expressa voluntate debentur. Quare rectius distinguendum putat SIMON VAN LEUWEN. *Conf. Belg. l.3. c.8. n.21.* ut si ex lege vel jure sanguinis debeantur, etiam sumtus studiorum & disciplinarum, pro conditione, & qualitate patrimonii veniant: sin vero ex legato, vel contractu promissa sint, disciplinarum aut studiorum sumtus non debeantur, nisi expresse de iis actum sit, per ea quæ tradunt SURD. *d. tract. de alimentis. tit. 4. quæst.6.* TRENTACINQ. *Var. resol. l.1. de alimentis resol.* 1. *n.*27. Card. TUSCH. *practicab. conclus. lit. A. conclus.* 228. Quamdiu duret alimentorum præstatio? etiam voluntatis quæstio est: quod secundum subjectam materiam judicandum, veluti si impuberibus alimenta relicta sint usque ad pubertatem, post

y) DE unguentis, an sub uno alterove horum legatorum contineantur, non conveniunt Doctores. Et ea quidem, quibus valetudinis causa utimur, ad neutrum genus referri posse, per se patet. *L.XXV. §.XII. D.de aur. argent.* Non tamen ideo simpliciter unguenta excludenda sunt, Nam non Romanæ solum mulieres unguentis ornatus & voluptatis causa utebantur, & ancillas unctrices alebant; sed & nostratibus solenne nonnunquam est, ut nonnisi unctæ in publicum prodeant, quamvis bene valeant. Quare non dubito, quin & unguenta sub legato mundi contineri possint.

z) IMO aliquid interesse putat STRYCK. *de jur. vestiar. cap. V. n.7. sqq.* utrum vestes, an vestimenta legentur. Hoc enim casu omnes vestes deberi asserit, quas testator habuit, sive quotidianæ, sive festivæ fuerint. Ibi heredem præstatione necessariarum vestium liberari ait, ut tamen ad qualitatem personæ legatarii respiciat. Quid si vestes non adsint, pannus tamen scissus & nondum confectus reperiatur? Legatario tum nihil debetur, cum panno forma adhuc desit, nec ideo vestis dici possit SCHILTER, *Exerc.* XXXIX. §. *C.*

ipsam pubertatem, eam scilicet quæ plena est octodecim annorum, deberi desinent. *l.* 14: §. 1. *ff. de alim. leg.* quod moribus ad legitimos majoris ætatis i. e. viginti quinque annos, favore alimentorum, extendi potest. GOMEZ. *var. resol. tom.* 1. *c.* 4. *n.* 1. & SURD. *de aliment. tit.* 8. *privil.* 58. *n* 4. benignius interpretatur GROEN. *de leg. abrogat. eod.* nisi talibus personis relicta fuerint, quæ ne quidem majorennes victum sibi quærere valent, ut sunt mente capti, stupidi, quorum respectu testator de alimentis perpetuis cogitasse videtur. Alias si nullum tempus exprimatur, nec de certa testatoris voluntate constet, perpetuo, i. e. per totum vitæ tempus debebuntur [a] *d. l.* 14. *in pr. ff. de aliment. legat.* & ibi BART. & DOCTORES GRAM. *Decis.* 101. *n.* 56.

XVIII. NEC solum debiti liberationem debitoribus suis legari posse, quod etiam ex voluntatis conjecturis dependet, de quibus multa MANTIC. *de conjectur. ultimar. voluntat. lib.* 9. *tit.* 8. *per text.* §. 13. *Instit. de legat. & tot. tit. ff. de liberat. legat.* sed etiam debitum creditori legari posse constat, modo plus sit in legato, quam in ipso debito [b] §. 14. *Instit de legat.* ita, si centum aurei debeantur, & debitor suo creditori centum aureos legaverit, valet legatum, quia post moram solvendi legati usuræ debentur. *l.* 1. & 2. *C. de usur. legat. l.* 84. *ff. de leg.* 2. quæ alias non deberentur, nisi per stipulationem promissæ. *l.* 3 & 4. *C. de usur.* Hic quæri solet, si testator, tanquam creditori suo quasi debitum, certam summam legaverit, eoque defuncto de nullo debito appareat, nec, qui creditor nominatus est, quicquam petat, utrum debeatur legatum? Quod nihilominus deberi placuit, & si non nomine debiti, saltem nomine legati, quod ex falsa demonstratione vitiari non debet [c]. *l.* 75. §. 1. *in fin. ff. de legat.* 1. Quum enim testantium voluntates plenius intelligi soleant, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* opinio testatoris præpollet veritati, & magis valere dispositionem facit, vid. latius MANTIC. *de conjectur. ultimar. voluntat. lib.* 3. *tit.* 8. *n.* 2. & *lib.* 6. *tit.* 14. *n.* 14. & 15. quomodo in iisdem terminis judicatum refert CARPZOV. *Jurispr. forens. part.* 3. *const.* 9. *defin.* 22. Qua ratione etiam, si testator creditori suo, cui centum debet, certam pecuniæ summam legave-

a) AN & sumtus funeris? Negat CARPZOV. *P.II. Const.XLVI. def.* XXIII. Nec immerito. Vinculum enim præstandi alimenta cessat a momento mortis. Qui tamen ex legis necessitate alimenta debet, & sumtus funeris suppeditat. Cæterum legatum alimentorum maximum in jure nostro habet favorem. Nam I) ut Auctor monet, ad pubertatem usque relictum non nisi adepta plena pubertate cessat, simpliciter vero relictum per totum vitæ tempus debetur. II) Indigno, cui alias hereditas aufertur, alimentorum tamen legatum non adimitur *L.* XI. *de aliment. leg.* III) legatarius jus tacitæ hypothecæ habet in bonis heredis IV) Legatis in genere ademtis, hoc tamen ademtum non censetur *L.* XVIII. § III. *Eod.* V) Causæ alimentorum summarie expediuntur. Quæ cum aliis vide in BÖHMERI *Jur. Dig. tit. de alim. legat.*

b) QUOD varia ratione contingere potest. Nam ex conditionali legato fit purum; Exceptio, quæ credito perpetuo obstabat, corruit; Chirographo omisso creditor agere potest ex testamento; loco actionis personalis oritur realis, &c.

c) SECUS itaque est, si quantitatem non expresserit, & generatim, quicquid Titius debet, Titio legaverit. Cum enim, si Titius nil debet, non appareat, quantum legatum sit, legatum inutile est. *L.* LXXV. §. I. *de Legat.* I. Quid vero, si tertio, quod tertius debet, leget testator? quod legatum sigillatim nominis legatum vocatur. Tum subsistit legatum, modo tertius aliquid debeat. Sin nihil debet, etiamsi quantitas adjecta sit, legatum exitum habere non potest, cum heres, qui alias, si aliquid deberetur, obligatus esset, ad cedendam actionem, hanc ipsam, quam contra tertium ipse instituere non potest, in legatarium transferre nequeat *d. L.* LXXV. §. II. *de Legat.* I.

rit, per id debitum non videtur extinctum, sed utrumque, & debitum & legatum, legatarius petere potest. *arg. l.* 22. §. 9. *Cod. de jur. delib.* nisi testatorem aliter sensisse ex conjecturis appareat, quoniam compensandi animus in dubio non præsumitur [d]. *l.* 85. *ff. de legat.* 2. juncta *l.* 53. *eod. l.* 6. *Cod. de heredib. instituend.* vide latius MATT. DE AFFLICT. *decis.* 14. HARTMAN. PISTOR. *observ.* 105. Ita decisum refert ANTON. FABER. *ad. Cod. lib* 6. *tit.* 17. *def.* 8. & post eum CARPZOV. *Jurisprud. Forens. part.* 3. *Const.* 13. *defin.* 29. LEUW. *d. l.* 3. *c.* 8. *n.* 23.

XIX. DEFERTUR legatum mediante ultima voluntate: & quidem tanquam legatum per testamentum. *§.* 10. *Instit. de fideicommissar. hereditat. l.* 23. *ff. de legat.* 3. *uti dictum. aphor.* 1. quatenus vero modum relinquendi a fideicommissis, quibus exæquata sunt, participarunt legata §. 3. *I. de legat.* hæc etiam ab intestato in codicillis *l.* 1. *C. de codicill. l.* 22. *pr. ff. de legat.* 3. vel in epistola *l.* 22. *C. de fideic.* aut sine scriptura, solo nutu. *l.* 21. *pr. ff. de leg.* 3. relinqui possunt, adhibitis saltem quinque testibus, *l.* 22. *&* 23. *C. de fideic.* vel duobus, iis scilicet casibus, quibus duo testes in testamentis privilegiatis sufficiunt. CARPZ. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 33.

XX. RELINQUUNTUR autem legata [e] vel pure, quorum dies regulariter statim a morte testatoris cedit, *l.* 1. *§.* 1. *&* 6. *C. de cad. toll.* vel ita, ut adjiciatur aut 1.) conditio, aut 2.) dies, vel etiam 3.) demonstratio, 4.) causa: 5.) modus.

XXI. CONDITIO adjecta possibilis ipsam delationem legati suspendit. *l.* 5. §. 2. *l.* 21. *ff. quand. dies leg. ced.* adeoque casualis expectari debet, usque dum existat; ea vero non eveniente, legatum quoque evanescit. *l.* 19. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* nec, mortuo legatario ante conditionis eventum, ad heredes transmittitur. *l.* 4. *l.* 5. *ff quand. dies legat.* Potestativa implenda *l.* 40. §. 1. *l.* 27. *ff. de condit. & demonstrat.* quæ si fuerit negativa, scilicet in non faciendo consistens, cautio Mutiana præstanda est de restituendo legato cum fructibus ei, ad quem, si contra conditionem factum fuerit, legatum rediturum est. *l.* 18. *ff. de condit. & demonst. l.* 76. §. 7. *ff. de legat.* 2. Impossibilis conditio, sive natura sive lege, non requirunt leges, ut impleatur, cum non possit impleri, adeoque cum penes legatarium non sit, conditionem adimpleri, nihilominus legatum pure debetur. §. 10. *I. de hered. instit. l.* 15. *ff. de condit. instit.* Hinc etiam debetur legatum, sub conditione religionis Pontificiæ assumendæ relictum, etiamsi quis conditionem istam non impleat. CARPZOV. *decis.* 89. add. PROGYMNASM. NOSTR. *ad Codic. tit. de hered.*

*d*) QUEMADMODUM hic casus subintelligendus est, debitorem simpliciter absque mentione debiti legasse, ita e contrario, etiamsi simpliciter legatum sit, debitum tamen voluntarium ex contractu oriundum a debito necessario, quod ex legis dispositione debetur, videtur distinguendum, eo effectu, ut illud quidem legati nomine, salvo debito priori, exsolvendum sit, hoc autem legatum debitum prius absorbeat. Quamvis enim SCHILTER. *Exerc.* XXXIX. §. XX. *sqq.* hanc distinctionem non admittat; est tamen eadem ipsa in legibus fundata. Nam verbi causa legatum dotis, quam pater filiæ promisit, dotem absorbet. *L.* XXII. §. III. *D. solut. matrim.* Legatum, a defuncto conjugi relictum, in portionem, quæ ipsi ex prædefuncti conjugis bonis debetur, imputari jubet AUTHENT. *Præterea C. Unde Vir & Uxor.* Itidem, si quid uxori in testamento legatum sit, id in donationem propter nuptias imputabitur AUTHENT. *Dos data C. de donat. ante nupt.* Plura exempla vide apud LEYSER. *Spec.* CCCXCIII. *med.* III. *sqq.*

*e*) QUAE hic de conditione & infra de die dicuntur, jam supra explicata sunt ad *tit.* XVIII. *Lib.* II.

XXII. INSTAR legati conditionalis est *f*, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. Si namque heres voluntatem defuncti servet, evanescit legatum: sin autem non servet, pœnæ nomine legatum præstandum est §. *fin. I. de legat. l. un. C. de his, qua pœn. caus. rel.* In arbitrio igitur heredis est, an malit voluntati defuncti morem gerere, an vero pœnam solvere. Unde si impossibilia, vel legibus interdicta, aut alias probrosa, ipsi injuncta fuerint, hanc voluntatem impune contemnit, cum in ipsius arbitrio non sit eam adimplere, sed natura, vel lege prohibeatur: adeoque hoc legatum, pœnæ nomine relictum, præstare non tenetur. *d. text.* Conf. BRUSSEL. *de condit. l. 4. tit. 2. num.* 14.

XXIII. DIES adjectus legato vel est certus, vel incertus. Certus adjicitur vel 1.) per modum termini a quo, & differtur non ipsa delatio legati, sed dies statim cedit, h. e. statim debetur legatum, non vero ante potest exigi quam dies venerit: unde licet legatarius prius moriatur, nihilominus ad ipsius heredem transmittunt. *l.* 1. §. 1. *ff. de condit. & dem. l.* 21. *ff. qu. dies legat. l.* 213. *ff. de V. S.* vel 2.) per modum termini ad quem, quo adjecto legatum die elapso repetitur condictione sine causa, & legati titulus, quem excipiendo forte legatarius allegavit, replicatione doli eliditur. 4. *l.* 4. §. 10. *ff. de dol. mal. & met. exc.* conf. *l.* 4. *de servit.*

XXIV. INCERTUS est dies tripliciter: 1.) de quo nec an, nec quando sit extiturus, constat, & hic instar conditionis est. *l.* 75. *ff. de condit. & demonstrat. l.* 21. *pr. qu. dies leg. l.* 74. *de cond. & demonstr.* GAIL. 2. *O.* 132. *num.* 2. FAB. *ad cod. lib.* 6. *tit.* 22. *def.* 14. *&* 38. *& t. t.* 39. *def.* 2. 2.) de quo certum est, quo tempore sit venturus, sed, an sit extiturus, haud constat, *v. gr. Titio centum do lego, cum vicesimum impleverit annum*, & hic itidem conditionem continet. *l.* 49. §. 2. *&* 3. *ff. de legat.* 1. CARPZ. *p.* 3. *const.* 13. *def.* 25. add. *l.* 26. §. 1. *ff. qu. dies legat.* Conf SIMON. VAN LEUWEN. *d. l.* 3. *tit.* 3 *c.* 8. *num.* 36. ubi scribit: *Si res bene inspiciatur, totum illud negotium a testatoris voluntate dependet, an & quando dies, certus aut incertus, conditionem faciat, nec absurdum sit, tempus certum aliquando haberi pro incerto, diverso respectu: quandoque ex mente, ut omnino velit legatum ab heredibus suis præstari, sed a legatario ante certum tem-*

*f*) RECTE Auctor legata pœnæ legatis conditionalibus annumerat. Neque enim BYNCKERSHOECKIUS, qui in *Diss. de legat pœn. nomine relict.* id ex instituto agit, ut naturam hujus legati ex Antiquitatibus eruat, rem conficit, dum illud tale semper fuisse credit, quando testator heredi factum aliquod illicitum injunxisset, quoque magis hoc fieret, simul imperasset, ut legatum certum solveret, nisi faceret. Neque opus est, ut cum GUNDLINGIO *in Diss. de principe herede scripto cap. VI §. XXXII.* obscuritatem, quæ hoc juris argumentum premit, Triboniano imputemus, ejusque incuriam in excerpendis antiquis Commentationibus accusemus. Nam, nisi me omnia fallunt, clare docui in *Comment. ad Constit. omiss Manip III. obs. IX* legatum pœnæ speciem legati conditionalis fuisse, vel potius pœnam, a testatore expressam, ab herede, legati nomine, tertio exsolvendam, eo casu, si conditionibus adjectis non satisfaceret. Et sic, pro diversitate conditionis, vel possibilis vel impossibilis adjectæ, legatum pœnæ vel validum vel inefficax erit. Certe testatori competiisse facultatem, ut, negligentiam heredis pœna adjecta coerceret, ex *L. I. § VIII. D. ad L. Falcid. L. XXIV. D. quand. dies legat. L. XXVII. D. de condit. & demonstrat.* facile probatur. Ut autem voluntas testatoris tum demum servanda est, quando possibilia injungit, ita e contrario incassum laborabit, si pœna adjecta heredem ad impossibilia facienda obligari posse existimet. Quæ cum ita sint, legatum pœnæ hodie adhuc locum habere posse, quis facile dubitabit!

*pus non recipi; aliquando, iterum eo animo, ut legatum ab herede præstari nolit, nisi legatarius ad certam ætatem pervenerit, aut certum tempus supervixerit. Quo facit l. 46. in fin. ff. ad Senat. Trebell. & ibi* Bart. & Doctores. 3.) de quo constat & certum est, quod sit venturus, sed incertum, quando, ut: *cum Cajus moritur;* ubi distinguendum: aut relinquitur legatum ita: *cum moritur heres, decem dato Sejo:* & conditionem infert, adeoque non debetur Sejo, ante heredem defuncto. *l.* 1. §. 2. *de condit. & dem.* aut hoc modo: *cum uxor mea moritur.* ac itidem sub conditione relictum censetur. vid. *l.* 40. §. 2. *d. tit. Diff.* Leuvven *d. l.* 3. *c.* 8. *num.* 31. aut ita: *cum legatarius morietur:* & non est conditionale legatum, sed ad heredes transmittitur, quoniam ipso puncto mortis incipit deberi legatum. *l.* 4. §. 1. *ff. qu. dies legat. l.* 97. *pr. ff. de condit. & demonstr.*

XXV. Demonstratio est descriptio peculiaris rei legatæ: quæ licet falsa sit, non vitiat legatum, modo de voluntate testatoris, & ipsa re constet [g]. *l.* 6. *ff. de legat.* 1. §. 30. *I. de legat.* sive ista designet præsens tempus. *v. gr. fundum, inter Titii & Caji agros situm, do, lego,* sive præteritum *v. gr. fundum, quem a Pomponio emi, do, lego.* Quamvis enim priori casu alii agros habeant confines: vel posteriori fundus a Sejo fuerit emtus, utile est legatum. *dd. text.* add. *l.* 1. §. 8. *de dot. præleg.* Secus se res habet, si non aliter, quam ex qualitate adscripta constare possit, quid quantumve sit legatum, §. 15. *I. de legat. l.* 75. §. 1. & 2. *ff. de legat.* 1.

XXVI. Similiter nec causa (*sc. impellens, vel movens ad legandum*) falsa adjecta nocet, veluti cum quis ita dixerit: *Titio, quia me absente negotia mea curavit, centum do lego:* licet enim negotia testatoris nunquam gesserit Titius, legatum tamen valet [h]. §. 31. *I. de legat. tot. tit. C. de fals. caus. adject.* nisi heres probet, alias testatorem legaturum non fuisse. *l.* 72. §. 6. *ff. de condit. & demonstr.* vel conditionaliter enunciata fuerit causa hoc modo: *Titio, si negotia mea curaverit,* fundum do lego *d.* §. 31. *I. de leg.*

XXVII. Modus est finis, propter quem legatur, sive quo significat testator, quid post præstitum jam legatum fieri velit, veluti: Titio centum do lego, ut

g) Demonstratio in genere dicitur specialis rei vel personæ descriptio. Ex quo simul patet, quare non noceat legato, si error commissus sit in speciali descriptione, cum nihilo secius tam persona, quam res, in genere certe esse possit. Et si hæc certitudo adsit, vel minimum ex eventu certitudo haberi possit, voluntati testatoris omnino standum est, cum non omnis incertitudo, sed inextricabilis solum, legata vitiet *L. I. C. de incert. person.* Non itaque nocet error in nomine, cognomine, prænomine legatarii, §. *XXX. J. de legat. L. XXXIII. sqq. de condit. & demonstr.* nisi tanta existat æquivocatio, ut, de quo testator cogitaverit, plane ignoremus *L. XXX. D. de testam tut.* Non nocet error in rei qualitatibus, non descriptio falsa, nisi I) testator se in tali demonstratione, ut in causa adæquata, fundaverit, eaque propter unice legaverit *L. V. C. de testam. L. IV. C. de hered. instit.* II) demonstrationem a loco desumserit, res vero in eo loco non reperiatur, *L. CVIII.* §. *X. D. de legat. I. L. VIII.* §. *II. de Legat. II.*

h) Primo, quia testator legislatorem agit, quem legi falsam causam adjicere posse, nec tamen legem hoc ipso vitiari, notissimum est. Deinde quia ratio legandi legato non cohæret, id est, causa nulla requiritur, sed legatum ex liberalitate provenit. Verum inde etiam patet, falsam causam non posse non legatum vitiare, quando testator in ea se præcise fundat, certoque constat, causam adjectam unice movisse testatorem, ut alicui legatum relinqueret. Idque juris esse, quotiescunque causa respicit consanguinitatem, ex *L. IV. C. de hered. instituend.* colligitur. Vid. Harprecht ad §. *XXXI. J. de legat. n.* 4. *sq.*

opus exstruat. *l.* 17. §. *ult. ff. de condit. & demonstr. tot. tit. Cod. de his, quæ sub mod.* qui modus, si fuerit impossibilis, legato nihil obest; sin possibilis, legatum quis præstita cautione, quod modum adjectum adimpleturus sit, statim capit [i]. *l.* 80 *ff. de condit. & demonstr. l.* 19. *ff. de legat.* 3.

XXVIII. ACQUIRITUR dominium legati, *pure relicti*, statim a morte testatoris, ipso jure [k], etiam invito legatario. *l.* 64. *ff. de furt. l.* 80. *ff. de legat.* 2. Unde etiam legatarius ante aditam hereditatem, & antequam ipse legatum agnoverit, nihilominus hoc, *scilicet pure relictum*, in heredem transmittit. *l.* 5. *ff. qu. dies legat.* Præterea ipso jure tribuitur legatario hypotheca in bonis defuncti. *l.* 80. §. 2. *l.* 69. *l.* 56. §. 2 *de legat.* 1. *l.* 2. *C. commun. de legat.*

XXIX. DELATUM & ipso jure acquisitum legatum, postquam heres adiit hereditatem, vel agnoscitur, vel repudiatur. *l.* 44. § 1. *ff. de legat.* 1. Agnoscenti & exigenti legatario heredes non solum rem ipsam (*& quidem pro hereditariis portionibus; nisi aliud expressum l.* 33. *l.* 44. *ff de legat.* 2. *l.* 54. §. *f. ff. de legat.* 1.) præstare tenentur, sed etiam accessiones, & ædificium superstructum legatæ areæ §. 19. *I. de legat. l.* 44. §. 4. *ff. de leg.* 1. aut quod alluvione fundo adjectum. *l.* 24. §. 2. *ff. de legat.* 1. nec non fructus & usuras a tempore moræ, sive restituendo sive adeundo, commissæ. *l.* 34. *ff. de usur. l.* 2. *& tot. tit. C de usur. & fruct. leg. & fideic.*

XXX. PRAETEREA resarciet heres damna dolo ejus, aut culpa, accidentia in re legata. *l.* 47. §. 4. *seq. ff. de legat.* 1. casum vero fortuitum non præstat, nisi mora præcesserit, & res apud legatarium non fuisset interitura. *l.* 47. §. 6. *eod. l. pen. C. de usur. & fructib. legat.*

XXXI. SI heres non sponte præstet legata, ea propria autoritate non licebit apprehendere: nisi legans permiserit; *l.* 1. §. 2. *ff. quod legator.* vid. TRACT. NOSTR, *de vind. privat. th. ult.* opus ergo actionibus. Competunt vero legatario ad consequendum legatum tres actiones [l] 1.) actio personalis ex quasi contractu, quo heres adeundo se obliget legatariis, §. 5. *I. de oblig. quæ ex quasi contr.* 2.) rei vindicatio. §. 2. *I. de legat.* 3. actio hypothecaria. *d. text. l.* 1. *C. comm. de leg.*

*i*) ID est, modus non suspendit acquisitionem legati, ut conditio, sed dies statim cedit & venit, ipsumque legatum ad heredes transmittitur, modo hi etiam modum adimplere possint. Nam modus legatarium necessitate onerat aliquid faciendi vel omittendi. Potest autem factum ita comparatum esse, ut artem vel peculiarem legatarii industriam præsupponat. Quo igitur securus præstetur heres & tertius, de adimpletione modi, eo nomine legatarius cavere debet, nec prius ipsi legatum præstatur *L. XL.* §. *fin. L. LXXX. de condit. & demonstr.* Quod si autem modus in favorem ipsius legatarii adjectus sit, & inde commodum aliquod in tertium non redundet, cautio ipsa cessat, cum modus, ut consilium, adjectus censeatur *L. LXXI. Eod.*

*k*) NON tamen possessio. Et sic factum heredis eo fine requiritur, ut possessionem nanciscatur legatarius. Inde vero est, quod post mortem testatoris quidem statim omne commodum & periculum rei legatæ fit legatarii, quatenus res legata culpa heredis deterior non est facta. Quia vero legatarius ficte solum post mortem testatoris, & vere demum post aditam hereditatem acquirit legatum, simul patet ratio, cur legatum exspiret, si heres hereditatem repudiet.

*l*) ITA vero utitur legatarius his actionibus, ut dispiciat prius, an species, an vero genus, quantitas, vel factum legatum sit. In posteriori enim casu cum herede solum agit personaliter, ob aditionem hereditatis, actione ex testamento. Priori casu res aut extat penes heredem, aut non extat. Ibi actione reali, nempe rei vindicatione, recte utitur. Hic iterum con-

XXXII. De repudiatione legatorum sciendum est, quod, si unicus sit legatarius, res legata maneat sine dubio apud heredem, a quo testator reliquit. *l.76.§.f.ff. ad L. Falc.* sin vero plures fuerint legatarii, distinguendum: aut. 1.) illi, qui deficit, separatim res relicta, nec alius ista in re ipsi conjunctus, & legatum itidem apud heredem manet. *l.84. §.12. ff. de legat.* 1. aut 2.) pluribus una res est legata, & deficientis (*sive repudiet, sive incapax sit*) portio ex præsumta testatoris voluntate accrescit illi, cui eodem conjunctionis genere res ista simul est relicta: §.8. *I. de legat. l.89. de legat.* 3. *l. un.* §.10. & 11. *C. de caduc. toll.* Genera vero conjunctionum tria jam proposuimus *Tit. praeced.* 23. *aphor.*18. quæ etiam ad legata accommodantur Quodsi igitur tribus eadem res fuerit legata, & quidem duo, *Titius & Mevius*, verbis tantum conjuncti; *v.c. Titio & Mevio fundum do lego æquis partibus;* tertius, *Cajus*, re tantum conjunctus, v.c. *Cajo eundem fundum do lego;* alter vero verbis conjunctus *v.c. Titius*, repudiaverit legatum, hujus portio accrescit soli *Mevio*, quia scilicet hic deficienti per eundem modum illum specialem magis est junctus, quam tertius, qui utrique diverso jungitur modo. *l.89. ff. de legat.*3. Duæ itaque portiones in dato exemplo obveniunt *Mevio*, tertia *Cajo*, Carpz *p.3.c.2.def.*14. confer. *l. un.* §.11. *C. de caduc. toll.*

XXXIII. Caeterum, quando solutio legati, seu fideicommissi differtur, vel 1.) quia dies nondum venit; vel 2.) conditio pendet; vel 3.) lis mota: cavere debet is [m], a quo legatum relictum est, de illo præstando, si 1.) dies veniat, vel 2.) conditio exstiterit, aut 3.) in judicio quis vicerit. *tot. tit. D. ut legat. seu fideic. serv. caus. cav.* add. Covarr. *var. resol. l.2. c.14. num.*4. Gail. 2. *obs* 145. Peck *de testam. conjug. l.5. c.25. n.3.* & 4. Quodsi vero heres præstationem cautionis detrectet, mittitur legatarius, aut fideicommissarius in possessionem rerum hereditariarum [n] *l 1. §.1. & tot. tit. D. & C. ut in poss. leg. vel fideic. serv. causs. esse lic. Wenn der Erbe keinen Vorstand machen wolte demjenigen, dem da etwas im Testament beschoiden wäre auf einen zukünfftigen Fall, so hat*

tra heredem actionem personalem instituit, si modo heres solvendo exsistat. Sin secus contra tertium possessorem rectius utitur actione hypothecaria.

*m*) Et quidem semper realiter. *L. I. §. I. Ut legat. caus.* & possessio bonorum immobilium non sufficit, quia periculum semper certum est, resque ipsa urget, ut tanta sit legatarii securitas, quanta sufficit ad suspicionem tollendam. Potest tamen testator ipse hanc cautionem omnino heredi remittere *L. fin. pr. D. Eod. L.XXIV. C. Eod.* Imo & lex quasdam personas ab hujus cautionis præstatione immunes facit. Nam non liberi solum fideicommisso, sive reciproco, sive descendentibus suis restituendo, gravati non cavent, *L.VI. § I. C. ad SCt. Trebell.* Berger. *in Select. fideicommiss. capitib. quæst. VIII.* quod tamen ad fideicommissum, extraneis restituendum, applicari nequit, ut docet Leyser *Spec CCCCVII. med.I.* Sed & parentes fideicommisso liberis restituendo gravati a cautione liberat *d. L. VI. C. ad SCt. Trebell.* nisi ad secunda vota transeant Novell. *XXII. cap. XLI.* vel manifestum dissipationis periculum adsit. Idque ultimum generatim statuere licet, sive testamento, sive lege, a cautione liber esse jussus, bona dilapidare incipiat.

*n*) Et quidem pro quantitate ejus, quod relictum est Nov. *LIII. cap.IV.* Videtur tamen hæc missio in subsidium solum locum habere, si alia ratione legatario cautum non sit *L I. § XVII. Quod legator.* Cumque legatario jus tacitæ hypothecæ jam competat, quando hæc sufficit, illi missioni, quæ & ipsa præter jus pignoris quid amplius non tribuit. *L. III. & V. C. ut in possess. legat.* nullus videtur relinquendus locus. Non tamen ideo ipsa missio supervacua haberi potest hodie, siquidem hypotheca tacita solum competit in bonis defuncti, quæ aliis legata non sunt. Et sic certe missio, si hereditas legatis exhausta est, utilitatem omnino habebit.

*der, dem die Bescheidung geschehen, Machs zu begehren, dass er in Besitzung der bescheidenen Güter möge geweiset werden, die zu bewahren.*

XXXIV. DENIQUE notandum, quod aliquando legatum iterum adimat ipse, qui legavit, vel expresse, & quidem 1.) verbis alio testamento, vel codicillis, aut sine codicillis nuda revocatione coram quinque testibus [o]. *pr. I. de ademt. leg & transl.* CARPZOV. *p.*3. *C.*4. *d.*31. 2.) factis, directo ad ademtionem tendentibus, veluti si testator deleat scripturam, qua legatum est adscriptum *l.*16. *ff. de adim. leg.* vel tacite, quando nimirum ex aliquo facto mutata voluntas testatoris colligitur [p], ut si nomen, quod legavit, exegerit. *l.*75. §.2. *ff. de legat.*1. 3.) si rem legatam alienavit, & quidem voluntarie, non ex necessitate [q]. §. 12. *I. de leg.* add. *l.* 11. §. 12. *ff. de legat.*3. 4.) si mutata forma rei legatæ. vid. *l.*65. §. *fin. ff. de leg.*1. Corruit etiam [r] aliquando legatum, nimirum 5.) si ultima voluntas corruat. *l.*17. *ff. de inj. rupt. irrit. fact. testam.* excepto casu, de quo *lib.*2. *tit.*17. *aph.*6.

ADD. *L.*2. *T.*20. *I. de Legat.*

## TITULUS XXV. DE LEGE FALCIDIA.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Modus legandi restringitur per L. Falcidiam.* L. 35. ff. t. 2. ad legem Falcid. II. *Modus eam computandi,* III. *& consequendi.* IV. *Casus quibus Falcidia non habet locum.*

o) QUA de re tamen, ut testes adhibere necesse sit in adimendo legato, merito dubitabis, ob *L.III.* § *XI. D. de adimend. vel transfer. legat.* siquidem ibi nuda voluntate legata adimi asserat JCtus add. *L XXVI. C. de fideic.* Sic vero, quando in scriptis fit revocatio, hoc unum sufficiet, ut de scriptura constet. STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. eod.* §. *II.* Oretenus tamen, si quis adimat legatum, consilii omnino erit, ut duos adhibeat testes, non solennitatis, sed probationis gratia, quo de voluntate contraria legatarius possit convinci CARPZOV. *P.III. Const. XIII. def. XIX.* STRYCK. *ad Lauterbach. tit. de adimend. vel transfer. legat. p.*803. WERNHER. *P.I. Obs. CCC.* Quapropter nec opus erit ad habilitatem testium, quæ alias in re testamentaria desideratur, respicere. Quamvis negare nolim, tutius agere eos, qui coram quinque testibus revocant, quo res ipsa minori dubio subsit.

p) IDQUE inde etiam colligunt, si inimicitia, eaque capitalis inter testatorem & legatarium postea oriatur, nec reconciliatio interveniat *L* III. §. *fin.* L.IV. *L* XXXI. § II. *de adimend. vel transferend. legat.* Non enim quamlibet inimicitiam ad hoc sufficere, ut legatum habeatur revocatum, leges citatæ claræ loquuntur.

q) DE eo quidem, quod legatum, titulo lucrativo in alium a vivo testatore translatum, revocatum censeri debeat, nemo dubitat ob expressam *L.XVII. D. de adimend. legat.* Nam hoc facto adhuc ademtum esse intelligitur, etiamsi donatio ne jure quidem valeat *L.*XXIV. §.I. *D. Eod.* Quod ad alienationem vero, titulo oneroso factam, attinet, pugna inter veteres intercessisse videtur. Certe PAULUS *Recept. Sentent. Lib.*IV. *Tit.*I. § IX. generatim asserit, venditione extingui legatum & fideicommissum. Idemque ille, si servus legatus, postea alienatus, & a testatore iterum redemtus sit, nihilosecius legatario actionem denegat *L.*XV. *D. de adimend. legat.* Verum Celsus JCtus, aliique, legata, alienatione, quæ non esset voluntaria, adimi, negarunt. In eadem opinione fuit ULPIANUS in *L.*XI. §.XII. *de Legat.*III. Hancque posteriorem sententiam publica lege fuisse approbatam ex §.XII. *J. de Legat.* clare elucet, add. *Comment. ad Constit. omiss. Manip.*III. *obs.*IV.

r) IMO & corruere legatum putant, si post testamentum factum liberi supernascantur, quod verum omnino est. Sed ex *L.*VIII. *C. de revocand. donat.* argumento minus apto deducitur, cum illatio a donationibus ad legatum non procedat universaliter, multumque differentiæ inter utrumque negotium intersit. Vera itaque ra-

I. Re-

I. **R**estrictus est modus legandi per L. Falcidiam, qua cavetur, ne ultra dodrantem hereditatis leget testator, & si quid ultra legatum fuerit, detrahatur, ut scilicet heredes[r] partem quartam integram habeant, & salvam, *pr. I. de L. Falcid.* Pertinet igitur hæc quarta ad heredem[s], etiam ab intestato *l.3. C. ad Leg Falc.* a quo relictum est, ejusque successores. *l.41. §.3. ff. de vulg. & pup. subst. l.10. C. ad L. Falc. arg. l.71. ff. eod.*

II. In computanda Falcidia inspicienda est quantitas patrimonii, quæ fuit tempore mortis testatoris[u], *§ 2. (al. 3.) I. de Leg. Falcid.* & deducendum est æs alienum. *l.66. §.1. ff. eod.* ut & legata, quæ forte a coherede accepit heres, *l.91. ff. d. t.* Imputantur enim in hanc quartam ea solum, quæ quis institutionis titulo a testatore habet. *l.74. eod.*

tio est, quia per agnationem posthumi totum rumpitur testamentum. Unde simul evidens est, legato nihil nocere, si testamentum pro parte, nempe intuitu heredis institutionis solum, corruat.

*r*) Verum quam maxime dubium est, utrum testatori an heredi magis faveant leges. Nam utriusque interest, ut quarta heredi salva sit. Testatoris, ne ultima voluntas destituatur, heredis, ne omni emolumento excidat. *§.I. J. de L. Falcid.* Novell. *I.* Sed, si dicendum quod res est, plus favoris ipse testator habere videtur, cum ipsi integrum sit, detractionem Falcidiæ prohibere.

*s*) Eumque I) titulo universali succedentem, quatenus II) gravatus est ad præstanda, per titulum singularem, mortis causa, relicta, & quatenus III) quartam non habet salvam. Ex priori membro fluit, a) nihil interesse, utrum unus, an plures heredes sint instituti. Nam in singulis heredibus ratio Falcidiæ est habenda *L. LXXVII. D ad L. Falcid.* b) Successores singulares, v.c. legatarium gravatum vel fideicommissarium non detrahere hanc quartam ex sua persona. Per consequentiam tamen, si ipsis prius ab herede aliquid deductum sit, ut integrum legatum non habeant, iis, quibus testator a legatario ulterius legavit, id ipsum, quod heres sibi retinuit, pro rata iterum imputare possunt, nisi testator expresse voluerit, ut integrum exsolverent legatum. Ex secundo membro fluit, nullum emolumentum in aliquam mortis causa transire posse, quod Falcidiam non admittat, si heres gravatus sit. In legatis itaque, prælegatis, fideicommissis particularibus, mortis causa donationibus & capionibus locum habet. Ex tertio denique membro infertur, pluribus coheredibus nominatis eum, qui alterius deficientis portionem vacantem jure accrescendi acquirit, legatis non exhaustam, non deducere posse quartam, etiamsi pro sua parte gravatus sit *L. LXXVIII. D. de L. Falcid.* ne duplex lucrum habeat, alterum ex jure accrescendi, alterum ex deductione quartæ. Quod tamen secus est, si coheredis portio gravata accrescit. Tum enim ex persona deficientis recte quartam deducit.

*u*) Et sic I) quicquid post mortem hereditati accrescit, heredi indistincte cedit, nec in quartam Falcidiam imputatur. II) Quia hereditas non intelligitur, nisi deducto ære alieno, id etiam prius deducendum est, etiamsi defunctus ipsius heredis debitor fuerit. Non enim dici potest hoc debitum confusum, quia quantitas spectanda est, quæ fuit tempore mortis. Cumque tempore mortis heres vere nondum erat heres, recte prius, quod sibi debetur, deducit *L XV. §. III. L. LXXXVII. §. II. D. de L. Falcid.* Eadem ratione deducit ea legata, quæ, nisi relicta fuissent, peti tamen tanquam æs alienum potuissent, v.c. prælegatum dotis. Ut vero & patrimonium defuncti & legata secundum pretium commune æstimantur *L. LXIII. pr. Eod.* ita e contrario maximum oritur dubium, quomodo computatio fiat, si legatum sit incertæ æstimationis v. c. annuum & alimentorum. Distinguunt leges. Aut tale legatum est perpetuum, v. c. Reipublicæ, aut legatario & heredibus relictum, aut est temporale, & cum persona legatarii exspirat. Priori in casu ex *L. III. in fin. ad L. Falcid.* tantum videtur legatum, quantum sufficit sorti, ad usuras trientes, id est 4. pro 100. ejus summæ, quæ legata est, colligendas. Et sic si viginti quotannis assignati, id sortem efficit quingentorum Imperialium, qua quantitate si gravetur heres, quartam respectu ad hanc habito recte deducet. Posteriori vero in casu in subsidium vocanda est *L. LXVIII. ad L. Falcid.* quæ jam per se satis

III. CONSEQUITUR heres quartam, si legatarius possideat, vindicatione; vel etiam aliquando condictione indebiti, si per errorem x ultra quartam præstiterit legatum: sin vero adhuc possideat hereditatem, jure retentionis deducit. *l. 15. §. 1. ff. ad L. Falcid.*

IV. SUNT etiam casus, quibus Falcidia non potest detrahi 1.) ob privilegium testatoris, nimirum militis *l. 7. C. d. t.* 2.) ob expressam prohibitionem testatoris. *Nov. 1. c. 2. §. 2.* quæ tamen prohibitio quoad liberos pro non adjecta habetur, *l. 6. C. ad SCr. Trebell.* MANTICA *de conject. ultim. vol. Lib. 7. tit. 11. n. 7.* JOH. A SANDE *decis. Fris. lib. 4. tit. 7. dec. 5. & 6.* non vero censetur prohibita deductio, si testator dixerit y, integra legata absque deductione præstanda esse. DECIS. SAXON. 43. SANDE *d. l. def. 8.* 3.) si heres inventarium non confecerit z, *l. ult. §. 12. C. de jur. delib. auth. sed cum testator. C. ad L. Falcid. Nov. 1. c. 2. § 2.* MYNS. *Cent. 3. obs. 60.* item si promiserit, se Falcidia non usurum *l. fin. C. d. t.* 4.) ob conditionem rei legatæ cessat, ut in dote prælegata uxori. *l. 81. §. 1. ff. ad L. Falcid.* in legatis ad pias caussas, & quidem secundum plurimorum sententiam, etiamsi mora aut inficiatio non intervenerit. *auth. similiter. C. ad L. Falcid.* GUIDO PAPA *decis. 188.* ANTON. FABER. *ad C. lib. 6. tit. 28. d. 2.* GAIL. 2. *O. 110. n. 7.* CARPZOV. *lib. 6. Resp. 25. n. 7.* GROTIUS *introd. in jus Belg. lib. 2. p. 23. C. fin.* alii vero tum demum hoc procedere statuunt, cum heres in legato clara est add. STRYCKII *Us. Modern. Digest. d. titul. §. IX.* HUBERI *Prælect. ad eund. tit. §. III.*

x) ID est facti *L. IX. C. ad L. Falcid.* Secus, si ex errore juris solvit. Error enim juris non operatur condictionem indebiti *L. X. C. de jur. & fact. ignor.* nisi forsan persona talis sit, cui jus ignorare permittitur. Multo magis sibi præjudicium infert heres, qui sciens, se esse gravatum, sibique jus esse deducere quartam, integrum exsolvit legatum. Nam & reliquorum legatariorum intuitu jus deducendi quartam amittit. Ut sic omnino consultum sit, protestationem pro conservando jure ratione reliquorum addere, si forsan aliis causis heres inductus uni ex legatariis exsolutione integri legati gratiam facere velit.

y) ID certum est, leges expressam testatoris prohibitionem requirere. Dubium enim prohibitionem non sufficere, ex AUTHENT. *Sed cum testator C. ad L Falcid.* cognoscimus. Et sic, quousque verba testatoris in alium sensum trahi possunt, heredi detractio quartæ non videtur interdicta CARPZOV. *Lib. VI. Resp. XXX.* Quapropter nec sub jussu, ut integra legata exsolvat heres, statim latet prohibitio, ne deducat, cum jussus accipi possit salvo jure heredis. Quodsi tamen prohibitio verbis testatoris per necessariam consequentiam insit, quorsum spectat casus in NOVELL. *CXIX. C. XI.* quando testator alienationem rei immobilis legatæ interdixit, omnino standum erit testatoris voluntati.

z) IMO generatim; si heres culpa sua se ipsum beneficio juris indignum reddat, quod præter casum ab Auctore allegatum etiam fit, quando hereditatem expilavit NOV. *I. cap. II.* item quando a judice admonitus intra annum legata præstare neglexit NOVELL. *I. cap. IV.* AUTHENT. *Hoc amplius C. de fideicommiss.* quando alias dolose egit, ut legata interciderent *L. LIX. pr. ad L. Falcid.* Insuper, quod neglectam inventarii confectionem attinet, non desunt, qui NOVEL. *I.* pœnamque in ea statutam ob generalitatem textus ad omnes omnino heredes, ipsosque liberos pertinere ajunt, vid. VINNIUM *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. XXVIII.* Verum hanc opinionem vel ideo admitti non posse existimo, quia quarta hereditatis pars liberis ipso jure debetur, quæ ne quidem a vivo patre ipsis adimi potest, nisi ex causa a legibus approbata; Post mortem ejus vero multo minus auferri poterit, quo certius est, eos etiam ipso jure in legitima minimum esse heredes. Idque crederem tamdiu tenendum esse, quamdiu lex pœnalis expressa non extat. Minori dubio subest, quod neque legitimi neque extranei heredes, jus deducendi quartam, ob neglectam inventarii confectionem, in iis provinciis amittant, in quibus inventarii defectum jurata specificatio supplet.

præstando dolum, aut moram commiſerit[e]. *per text. in Nov.* 131. *c.* 12. Sande *d. lib.* 4. *t.* 7. *d.* 10. Christin. *vol.* 1. *deciſ.* 320. *in f.* porro 5.) in legato, quod ne alienetur, defunctus prohibuit. *Nov.* 119. *c.* 11. *auth. ſed & in ea re. C. d. t.* Menoch. 4. *præſumt.* 198. *n.* 25. *& ſeqq.* Mantica *de conject. ultim. vol. lib.* 9. *t* 13. *n.* 16. Neostad. *deciſ. Holland.* 5. *in f.* Jacob. Corell. *obſerv. rer. jud.* 39. *n.* 8. Grotius *d. l.* add. & Sande. *d. t.* Notandum autem eſt, quod ratione horum legatorum privilegiatorum tantum decedat heredi, quantum alias iisdem, ſi Falcidiæ exemta non eſſent, ratione quartæ detraheretur[f]. *arg. Nov.* 131. *c.* 12. *verb. vacante Falcidia,* Carpzov. *p.* 3. *C.* 1. *d.* 7.

Add. *L.* 2. *T.* 22. *I. de Lege Falcidia.*

# Titulus XXVI. De Fideicommisso Universali, seu de Fideicommissariis Hereditatibus, et Senatus Consulto Trebelliano.

## Summaria.

Aphor. I. *Fideicommiſſi univerſalis deſcriptio.* L. 36. ff. t. 1. ad SCtum Trebell. II. *Quibus perſonis relinquatur.* III. *Modus in eo ſuccedendi, ſec. jus commune.* IV. *Sæpius fideicommittentis proximitas ſpectatur.* V. *Locus hic etiam eſt juri repræſentationis.* VI. *Delatum fideicommiſſum, ſi agnoſcatur, præſtandum eſt.* VII. *Hæres tamen poteſt detrahere Trebellianicam.* VIII. *Quid in liberis obtineat.* IX. *Quæ imputentur in hanc quartam.* X. *Modus conſequendi Trebellianicam.* XI. *Caſus, quibus Trebellianica non poteſt deduci.* XII. *Jus fideicommiſſi.* XIII. *Fideicommiſſum alienari nequit, niſi certis caſibus.*

I. Fideicommissum[c] univerſale eſt, cum tota hereditas, vel pars ejus[d],

a) Quod, ut mihi videtur, non male ex dict. Novell. *CXXXI. cap. XII.* infertur. Certe expreſſis verbis heredem emolumento ſolum privat, ſi admonitus altera vice moram in exſolvendo legato committat. Cæterum regula extat in *L. I. §. V. D. de L. Falcid.* quod heres etiam ab iis, quæ Deo legata ſunt, quartam detrahere poſſit.

b) Id eſt, damnum, quod ex prohibita deductione quartæ oritur, heredis tantum eſt, nec hic ideo reliquos legatarios, quibus quartam deducit, gravare, vel iis hoc ipſum emolumentum, quod amiſit, imputare poteſt. Nemini enim ex illis plus detrahit, quam detrahere potuiſſet, ſi quartam a privilegiato legato deducere non prohibitus fuiſſet Stryck. *Cautel. teſtam. c. XXII. membr. III. §. ult.*

c) Fideicommissa omnia olim jure nitebantur imperfecto. Nam teſtator non dicebat heredi legem, ſed eum rogabat, ejusque pudori relinquebat, ut alteri aliquid præſtaret. Rogatio vero jus imperfectum tantummodo producebat, & ſic in heredis erat arbitrio, an præſtare vellet fideicommiſſum nec ne. Quapropter etiam fiduciarius vocabatur heres ille, cui reſtitutio eſſet injuncta, cum teſtator fiduciam poneret in eo de implendo, ob quod eſſet rogatus. Ille vero, cui reſtitutio facienda, fideicommiſſarius heres nominabatur. Sigillatim fideicommiſſa hæc videntur eum in finem inventa, ut illi, quibus directo ob quendam defectum jure civili hereditas vel legatum relinqui non poterat, ex teſtamento aliquid caperent, quod non ſilet *§. I. J. de fideicomm. hered.* Verum hoc in argumento plura poſtea mutata ſunt capitula. Nam primo plenam fideicommiſſis conciliavit efficaciam Auguſtus, voluitque, ut heres rogatus ea præciſe præſtaret æque ac ſi juſſus interveniſſet. Quem in finem quibusdam magiſtratibus extra ordinem conceſſa eſt cognitio de fideicommiſſis. Duos Claudius conſtituit Prætores fideicommiſſarios Suetonius *in Claudio cap. XXIII.* Unum deinde detraxit Trajanus *L. II. §. XXXII. de Orig. Jur.* Conſules vero cum iis concurren-

ab herede præstanda, verbis precariis [e] alteri relinquitur; vel, cum heres rogatur, ut hereditatem, ejusve partem [f] alteri restituat [g]. *tot. tit. I. de fideicom. her.*

tem habebant jurisdictionem, ut de majoribus quantitatibus cognoscerent ULPIANUS *Fragment. Tit. XXV. § XII.* Imo eousque progressi sunt Romanorum legislatores, ut &, cum ei as heredi libera concederetur adeundi hereditatem facultas, fiduciarium heredem cogerent ad aditionem §. *VII. J. de fideic. heredit.* Secundo dispositum est, ut talis sit fideicommissarius heres fiduciario substituendus, qui directo institui potest *L. LXVII § fin. D. ad SCtum Trebell.* Tertio tamen etiam invaluit, ut non præcise fideicommissum testamento relinqueretur, sed quælibet ultima voluntas, etiam Codicillus, modo quinque testes adessent, sufficeret *L XXII C. de fideic.* Imo & testatori permittebatur, ut heredis præsentis fidei aliquid restituendum committeret, testibus non adhibitis, & heredi fideicommissum neganti juramentum, quod ideo, quia solus notitiam rei haberet, præcise præstaret, deferri posset *L. ult. C. Eod.* Quamvis solius heredis fidem hac in re sequi non semper satis consultum sit.

*d*) SUBTILI quadam distinctione Romani partem hereditatis quotam a parte hereditatis quanta distinguebant, eo effectu, ut fideicommissarius universalis, qui vel integram hereditatem vel ejus partem quotam caperet, eam jure hereditario cum omni onere annexo haberet, & jure universali succederet, fideicommissarius particularis vero, cui pars quanta esset restituenda, hanc instar legati absque onere & jure singulari caperet, cum tale fideicommissum legato in omnibus sit exæquatum *L. I. pr. D. de Legat. I. L. II. C. Commun. de legat.* Ut sic in effectu multum inter utramque fideicommissi speciem interesset.

*e*) QUA in re quidem perinde est, qualia verba adhibeat testator, modo talia sint, quæ vel explicite vel implicite restitutionem hereditatis denotent *L. LXXVI. D. ad SCtum Trebell. § VIII J. de injust. rupt.* Quapropter & tacita voluntas sufficit, *L. LXVII. §. IX. de Legat. II. L CXV & CXVIII. de Legat. I.* imo & nutus, si quæstio antecedens idoneis verbis absque suggestione prolata sit, admittitur *L XXI. de Legat. III.* Ut autem, quod dixi, generatim tenendum est, verba ita esse debere comparata, ut seriam testatoris de rebus hereditariis restituendis voluntatem indicent, & certum quid determinent, ita e contrario facile patet, neque verba mere enunciativa fideicommissum facere *L. XXXVIII. § III L LXVIII § I de Legat. III.* STRICK. *Cautel. testam. cap. XXI. membr. I. §. XXIX.* neque simplicem commendationem sufficere. *L. LXXVIII. §. VIII ad SCt. Trebell. L LXXVII. § XXIV. de Legat. II.* BERGER. *Supplem. ad Elect. Discept. Forens. Part. I. p. 745.* quamvis haud diffitendum sit, & commendationem tum fideicommissum operari posse, si commendans certum quid expresserit, eaque ratione de voluntate testatoris constet, quod legibus & præjudicio comprobat LEYSER. *Spec. CCCC. med. III.* Quæ cum ita sint, & hoc non potest non elucere, nudo præcepto de non alienando non inesse fideicommissum. Non enim esse potest fideicommissum absque herede fideicommissario. Quod si igitur testator non expressit, cujus in favorem alienatio debeat esse interdicta, heres fideicommissarius non adest, & sic certitudo voluntatis iterum deficit, add. *L XXXVIII. § IV. L. XCIII. pr. de Legat. III.*

*f*) QUATENUS fideicommittentis arbitrio subjacet. Ea enim, quæ in bonis quidem defuncti sunt, sed tertio simul obnoxia, qui jam jus aliquod quæsitum in iis habet, fideicommissum non admittunt. Et sic etiam legitima fideicommisso gravari nequit, nisi per indirectum, si testator cautela Socini utatur, de qua jam egimus supra. *tit.* XXI. *aph.* IV.

*g*) IMO si originem fideicommissorum spectes, non ex ultimis solum voluntatibus, sed nonnunquam etiam ex pacto natales deducunt. Unde enata est distinctio inter fideicommissa per ultimam voluntatem & per conventionem constituta. Et quamvis dubium sit, anne Romanis etiam hæc distinctio fuerit cognita, cum *L. I. § I. de Legat. III. L. I. § V L. VI. §. I. ad SCtum Trebell. L. ult. C. de reb. alienis non alienand.* quas LYNCKERUS *in Anal. ad Dig. p. 345. & in Emend. ad h. l. p. 44.* aliique allegant, rem ipsam perspicue non loquantur, dubium tamen non est, quin Germanis eo frequentiora sint ejusmodi pacta, quo certius constat, iis principium Juris Romani, quod pacta successoria damnat, nunquam arrisisse. Add. KNIPSCHILD. *de fideic. famil. nobil. cap XXVI. n. 25 sq.* Convenit autem in his utrumque genus, quod, ne spes he-

II. RELINQUITUR fideicommissum vel certis personis; vel cognatis proximioribus; vel in genere familiæ. *l. fin. C. de V. S. l.* 32. *§. fin. ff. de leg.* 2. quod postremum etiam fieri solet per interdictionem, ne alienetur res extra familiam [h]. *l.* 38. *§.* 1. 2. 3. *ff. de leg.* 3. *l.* 69. *§.* 3. *ff. de leg.* 2. tunc enim familia ad rem istam jure fideicommissi vocatur [i] BARTOL. *ad L.* 122. *§.* 3. *de V. O. n.* 3. vid. PETRUS DE PETRA *tr. de fideicommiss. q.* 5. *n* 41. *& seqq.* MANTICA *de conject. ultim vol. lib.* 6. *tit.* 24. *n.* 24. FACHIN. *lib.* 4. *Controv.* 49. FRIDERICUS A SANDE *tr. de prohib. rer. alien. p.* 3. *c.* 5. *n.* 5. RENNEMAN. *membr.* 2. *Jurispr. Disp.* 43. GROTIUS. *introd. in jus Belg. l.* 2. *c.* 20.

III. IN fideicommisso ejusmodi, quo testator disposuit, ne bona sua extra familiam, aut sanguinem suum alienentur, neque nominatim vocavit suos proximiores,

redi. qui fideicommissum sperat, intercipiatur, possessor inventarium rerum hereditarium, quæ fideicommisso obnoxia sunt, conficere CARPZ. *P. III. Const. VIII. def.* XXXIX. cautionem, quatenus lege vel testamento non est remissa, (conf. quæ supra diximus ad *Lib. II. Tit. XXIV. §. XXXII*) de restituendo præstare, & rationes de ipsa administratione reddere debeat, salvo jure percipiendi fructus, si ex certo die restituendum sit fideicommissum. Præterea servandus est ordo successionis, quem vel testator præscripsit, vel de quo partes convenerunt. Demum jus alienandi possessor non habet, quatenus jus successoris intervertitur. In eo tamen differunt, quod in conventionali neque quarta Trebellianica, de qua infra, neque jus accrescendi locum sibi vindicet, atque, si donatio intervenerit, insinuatio judicialis nonnunqum accedere debeat, quæ omnia in fideicommisso ultima voluntate constituto secus. Add. HARPRECHT. *Tr. Acad. de remed. L. fin. C. de fideic. cap. V. §. XIX. & XLI.* STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XXI. membr. I. §. XXVI.*

*h*) IMO, hæc clausula de non alienando extra familiam omni fideicommisso familiæ per se jam inest. Multum tamen interesse credunt, utrum expresse adjecta sit, an tacite subintelligatur. Priori enim in casu id voluisse testatorem credunt, ut ipso jure alienatio nulla sit, & translationem dominii impediat, sic vero proximior statim rem alienatam revocare possit, cum e contrario, clausula illa non adjecta, alienatio demum post mortem alienantis revocari queat. Fundamentum vero hujus distinctionis ex *L. LXIX. §. III. D. de Legat. II.* desumunt. Sed falluntur. Nam neque lex allegata revocationem statim concedit, neque proximi actionem prius habere possunt, quam ad fideicommissum vocentur, quod demum fit post alienantis mortem. Alii præsidio hujus legis stipati distinctionem inter alienationem voluntariam, & eam, quæ ob æs alienum fit necessario, formant, eo effectu, ut ibi revocatio statim, hic post mortem alienantis fieri possit. Verum nec hoc ex textu probatur. Et generatim convenit analogiæ juris, ut, quousque durat jus alienantis, eousque proximi a petendo fideicommisso excludantur; Ejus vero jure resoluto, resolvatur etiam jus accipientis, isque demum revocet, qui ad successionem vocatur. Majorem igitur utilitatem habebit quæstio, anne, qui revocant fideicommissum, pretium possessori bonæ fidei restituere debeant? Quod merito negemus, quando fiduciarius sui solum gratia alienavit, cum jus successorum nulla ratione intervertere, nec, quod beneficio testatoris aut legis absque onere obtinere debebant, onere gravare potuerit. Quodsi vero alienatione fideicommissi peragatur ob causam aliquam necessariam & æs aliquod alienum, quod ipsi rei inhærebat, quodque ideo tanquam onus reale ad quosvis possessores ita transibat, ut & hi obligationem, æs alienum istud exsolvendi, suscipere deberent, dubium non est, quin illi possessori fideicommissi pretium refundere debeant. vid. KNIPSCHILD. *de fideicomm. famil. cap. XIII.*

*i*) ET sic durat etiam fideicommissum, quousque quis ex familia superest. Cum ultimo vero ex familia ipsum fideicommissum evanescit, eo quidem effectu, ut & valide de ipso fideicommisso disponat, STRYCK *Cautel. testament. cap. XXI. membr. II. §. XXIII.* Non tamen etiam deneganda est iis, quorum interest, facultas, communi & unanimi consensu fideicommissum tollendi, quotiescunque tertii non simul interest, vid. LEYSER, *Spec. CCCCIII. med. III. seq.*

sed tantum voluit, ne bona devolverentur extra gradum cognatorum suorum, nullo certo addito succedendi ordine aut modo, ab intestato succedunt ultimi possessoris proximiores: cum id tantum egisse videatur testator, ne bona sua in extraneos transmittantur, adeoque cum de ordine ac modo succedendi non fuit sollicitus, hunc reliquisse videtur dispositioni juris communis [k] *arg. l.8. §.1. ff. de jur. codicill.* vid. PEREGRIN. *de fideicom. art.20.* CLARUS *l.3. sentent. §. Testamentum. q.76. num.14.* JOH. A SANDE *lib.4. decis. Fris. t.5. d.6* add. GROT. *d. l. c.20.* it. NEUSTAD. *decis. Holland.78.*

IV. ALIAS vero sæpius in fideicommissis, testatoris gravantis, seu fideicommittentis potius, & non gravati proximitas spectatur [l]. *arg. l.32. §. fin. ff. de leg.2.* juncta *l.41. §.2. de vulg. & pup. subst.* vid. latius MANTIC. *d. tr. de conjectur. ultim. vol. l.8. t.12. num.39. seqq.* THESAURUS *decision. pedemont.64.* GRATIANUS *discept. forens. c.493. n.13.* ANTON. FABER *ad Cod. l.6. tit.18. d.6. & t.20. d.27.*

V. LOCUS etiam est juri repræsentationis in fideicommissis. PEREGRIN. *d. tr. art.31.* HARTMANNUS PISTOR. *Obs.164.* FRIED. A SANDE *d. tr. p.3. c.6. n.22.* & JOH. A SANDE *decis. Frisic. l.4. t.5. d.2.* KNIPSCHILD. *de fideicom. fam. c.9. n.22.* vid. HEROLD. *tract. de jur. repræs.*

VI. DELATUM fideicommissum vel agnosci, vel repudiari potest. Si agnoscatur, heres directus, qui adiit hereditatem, restituere illam debet, ejusque partem, cum accessionibus [m] & fructibus, ante aditam hereditatem perceptis. *l.27. §.1. ff. ad SCt. Trebell. arg. l.25. §.1. ff. de usur.* post aditam vero hereditatem percepti, non nisi ob moram, aut cum specialiter quis fuit rogatus, veniunt restituendi. *l.18. pr. l.63. §.4. ff. ad SCt. Tr.* Si vero heres directus detrectet adire hereditatem, ipse fideicommissarius adire potest. *Nov.1. c.1. §.1.*

VII. CAETERUM heres restituens, si ultra dodrantem gravatus sit, detrahere & retinere tantum potest, ut ipsi quarta pars hereditatis sit salva, quæ vocatur Trebellianica [n] §.7. *I. de fideic. hered.* Similiter si non ex asse, sed ex parte sit heres institutus,

k) FOEMINAE tamen semper exclusæ sunt a successione in fideicommisso familiæ, nec, nisi in subsidium, si masculi, per quos familia conservatur, desint, aut si ultimus possessor jure suo, de fideicommisso disponendi, usus non sit, vocantur, modo & ipsæ successionis sint capaces. Nam v. c. si fideicommissum in feudo sit constitutum, id potius domino directo apertum sit add. STRYCK. *cit. loc. membr. II. §. IX. & XIV.*

l) SI nempe testator expresse de modo succedendi ita statuit, quippe cujus arbitrio hæc res relinquitur. In dubio semper ea servanda est regula: In capessendis fideicommissis familiæ spectandam esse proximitatem ultimi possessoris, non fideicommittentis. PEREGRINUS *de fideicommiss. art. XX.* BERGER. *P.I. Resp. CLV. n.4.*

m) UT igitur commodum habet heres fideicommissarius, ita & hereditas periculo ejus jacet, nec heres fiduciarius diminuta hereditate ulterius quid restituit, quam quod superest. Imo ne quidem de culpa levi respondet heres fiduciarius, sed de dolo solum & culpa lata *L. XXII. §. III. ad SCtum Trebell.* Cessat tamen omnis alienandi hereditatem facultas citra necessitatem vel voluntatem testatoris. Vid. BOHMER. *Jur. Digest. d. tit. §. XXX. sqq.*

n) HOC quidem certissimum est, heredi fiduciario, ut aliis quibuscunque, quartam debere esse salvam. Sed opus est, ut hoc argumentum ipsamque fideicommissorum rationem paulisper illustremus. Jure nempe antiquo duplex quidem in fideicommisso aderat persona, altera, quæ restitueret, altera, cui restitutio fieret. Sed tamen heres fideicommissarius jure stricto non erat heres. *L. XLVII. §. I. ad L. Falcid.* nec creditores aut legatarii cum herede fideicommissario agere poterant, cum jus directæ actionis semper salvum maneret contra heredem fiduciarium. Postea vero SCto Trebelliano actiones etiam utiles datæ sunt contra eum, cui hereditas esset restituta. Verum

& rogatus, ut restitueret, quartam in ea parte debet integram habere. §.8. *l. eod.* Fideicommissarius autem, iterum restituere rogatus, non potest detrahere [r] Trebellianicam *l.78. §.11. ff. ad SCt. Treb. l.1. §.19. eod.* GRATIAN. *discept. forens.81. num.16.* CARPZOV. *p.3. C.1. def.14.* nisi primus ille sive directus heres, non detracta quarta, totam hereditatem, partemve ejus integram, restituerit, quo casu heres fideicommissarius etiam Trebellianicæ detrahendæ jus habet, quasi eo ipso, quod neglexerit heres directus quartam detrahere, liberalitatem in fideicommissarium exercuerit, inque eum omne jus suum transtulerit. *d. l.1. §.19. ff. ad SCt. Trebell.* ubi BARTOLUS & Doctores communes.

VIII. NOTANDUM hic est, quod circa liberos, fideicommisso gravatos, hodie distingui soleat, an purum, an vero conditionale fideicommissum sit relictum aliis. Priori casu non simul legitimam & Trebellianicam detrahere possunt, sed una quarta debent esse contenti, ita tamen, ut aliquando, quod, detracta Trebellianica, deest legitimæ, suppleatur: posteriori casu utraque deduci potest [p]. *c.16. & 18. X. de testament.*

sic heredi fiduciario nondum erat satis prospectum. Poterat enim in hereditate latere æs alienum, & sic sæpius accidebat, ut hereditatem non adiret fiduciarius, eoque extingueretur fideicommissum. Permittebat ideo SCtum Pegasianum, ut fiduciarius quartam posset retinere partem. Sed hoc SCtum silebat de actionibus hereditariis. Cumque SCtum Trebellianum actiones directas contra fiduciarium non sustulisset, sed exceptionem solum illi contra creditores dedisset, quod hereditas jam restituta esset, necessitas fere cogebat heredem, qui ex SCto Pegasiano adiret hereditatem, ut stipulationibus, quas partis & pro parte vocabant, interpositis, onera hereditaria cum herede fideicommissario communicaret. Itaque integrum erat heredi fiduciario, utrum ex SCto Trebelliano, an ex SCto Pegasiano vellet adire hereditatem. Id facere solebat, si quartam haberet salvam, hoc, si hereditas restitutione fideicommissi nimis esset gravata. Sed nusquam satis tutus erat. Illo enim in casu, quamvis quartam haberet salvam, nesciebat tamen, anne tantum æs alienum lateret, quod omne lucrum iterum absorberet. Hoc in casu anceps hærere debebat, anne fideicommissarius mutuas obligationes reciperet. Quare demum, ne heres fiduciarius omni lucro excideret, neve fideicommissarii spes emolumenti, ex restitutione hereditatis oriundi, facto heredis fiduciarii, qui non adiret hereditatem, intereiperetur, omnis res transfusa SCto Pegasiano in Trebellianum sic composita est, I) ut heres fiduciarius semper salvam haberet quartam II) ut onera hereditaria ipso jure transmitteret pro rata in fideicommissarium III) ut nunc prior cogeretur semper ad adeundam hereditatem, alias amitteret quartam, & fideicommissario jus esset, in subsidium hereditatem adeundi, vid. late *tit. J. de fideic. hered.* & Nov. *I. cap. I. §. I.*

*o)* MANSIT enim hic adhuc salva juris antiqui ratio, quod heres fideicommissarius non esset heres, jus deducendi quartam autem jus heredis esset.

*p)* SED valde vereor, ne hæc ipsa doctrina genuino fundamento nitatur. Nam negari neutiquam potest, quartam hanc in gratiam eorum heredum esse introductam, quibus de jure testator certam hereditatis partem relinquere non debebat, quique nimis gravati ob nullum vel minimum lucrum hereditatem adire recusabant. Verum, dum leges liberis jam ita prospexerant, ut pater ipsis legitimam necessario relinquere deberet, salva patri relicta facultate, de reliquis bonis extra legitimam disponendi, certe ratio nulla est, quare fideicommisso, salva tamen legitima, gravati, præter eam, adhuc Trebellianicam deducere debeant, cum sic duplicem quartam acquirant, quam una solum vice ipsis salvam esse debere leges jubent. Verum enim vere Praxis approbat Jus Canonicum, cujus tamen dispositionem æquitate omni destitui, non rationibus solum pluribus probavit VINNIUS *Lib. II. Select. quæst. cap. XXIX.* cui adstipulantur HOTTOMANN. *quæst. illustr. IV.* DONELLUS *Lib. VII. cap. ult.* BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Disp. IV. th. II.* sed & ipsi Pontificii Doctores agnoscunt. vid. GAIL. *Lib. II. obs. CXXI.* PEREZ *ad Cod. tit. ad SCtum Trebell. n.11.* Eos præterea, qui hanc juris Canonici doctrinam cum jure antiquo Romano convenire putant, profligavit MAESTERTIUS *Lib. II. de justit. Leg. Rom. cap. XLVIII.*

GAIL. 2. *O.* 121. HEIG. *l.* 1. *q.* 22. CARPZOV. 6. *Resp.* 113. *num.* 21. SANDE *decis. Fris.* 4. *tit.* 7. *d.* 7. quod usque adeo receptum esse testatur FABER *ad C. l.* 6. *tit.* 25. *d* 4. ut, de eo dubitare jam, ridiculum æstimetur [q]: atque ita per totum mundum observari, tradit GUIDO PAPA *qu.* 52. Controverti autem solet, quomodo duplex illa detractio sumenda sit in casu plurium, quam quatuor liberorum simul existentium, quorum legitima est semis portionis ejus, quam alias ab intestato haberent: an etiam eo casu, præter semissem, quartam Trebellianicam ex reliquis bonis detrahant? Negant hoc BALDUS *lib.* 2. *Cons.* 94. COVARRUV. *in d. c. Raynutius* 16. §. 11. *num.* 6 DECIUS *Cons.* 228. & alii, quos citat GRYPHELLIUS *decis.* 102. *num.* 10. affirmant vero THESAURUS *decis.* 252. CHRISTIN. *vol.* 1. *decis.* 245. *&* *decis.* 315. SANDE *d. l.* 4. *t.* 7. *d.* 7. atque hæc sententia videtur receptior.

IX. IMPUTANTUR in quartam Trebellianicam non tantum ea, quæ jure hereditario, sed & quæ quovis alio jure [r], sive legati, sive præceptionis, ex judicio seu voluntate testatoris heres percipit *l.* 91. *l.* 93. *ff. ad L. Falcid.* etiam fructus interim percepti *l.* 22. §. 2. *ad SCt. Tr.* GAIL. 2. *O.* 133. MENOCH. *de arbitr. jud. quæstion. lib.* 2. *cas.* 56. fructus autem ipsius quartæ non veniunt in computationem *d. l.* 22. §. 2. CARPZOV. 1. *decis.* 21. *num.* 26. *seq.* Præterea liberis prioris gradus fructus perceptos in quartam imputari non posse [s] volunt. *per l.* 6. *C. ad SCt. Treb.* FACHIN. 5. *Controv.* 9. JOH. A SANDE *d. l.* 4. *t.* 7. *d.* 5. *&* 6. FABER *ad C. d. l.* 6. *t.* 27. *d.* 4. CHRISTIN. *vol.* 1. *dec.* 318. *num.* 30.

X. CONSEQUITUR heres quartam retentione, seu tantum de hereditate deducendo, quantum ad Trebellianicam opus, §. 7. *I. de fideicomm. her. l.* 3. *&* 4. *C. ad SCt. Trebell.* vel etiam condictione indebiti, si per errorem facti restituerit, non retenta sibi quarta. *l.* 21. 168. §. 1. *ff. ad SCt. Trebell.*

Cumque FACHINAEUS *Lib. V. Controv. cap. II.* novo argumento pro hac sententia ex Nov. XXXIX. *cap. I.* utcretur, VINNIUS *cit. loc.* mascule contrarium defendit. Ut ideo mirum sit, quosdam, qui Praxin sequuntur, eo usque procedere, ut ipsis ne quidem sufficiat, & legitimæ & Trebellianæ deductionem in fideicommisso conditionato præcipere, sed & idem juris esse in fideicommisso pure relicto asserant, vid. GONZALEZ TELLEZ *ad C. XVI* X^{ti}. *de testam* n. 23. SCHITER. *Exerc. XL.* §. *XXII.* SANDE *Lib. IV. tit. VII. def V.*

q) LICEBIT tamen rogare Fabri asseclas, ne risu excipiant limitationem regulæ suæ, a prohibitione patris desumtam. Patri enim extra legitimam liberrimum datur de bonis suis statuendi arbitrium. Neque hoc in *L. VI. C. ad SCtum Trebell.* imminuitur, quippe in qua de ipsa legitima, quæ secundum jus Justinianeum sub Falcidia & Trebellianica continetur, agitur. Quibus verbis ipse utitur LEYSERUS *Spec. CCCCV. med. V.* quæ ideo integra allegare volui, quia nostram sententiam in priori observatione adductam non parum juvant.

r) QUA in re quarta Trebellianica a quarta Falcidia differt. Ratio differentiæ vero eo redit, quia in directa heredis institutione testator magis dilexisse præsumitur heredem, quam legatarium, cum titulus institutionis sit honorabilis. In fideicommissaria autem hereditate magis fideicommissarium, quam fiduciarium, cum hoc solum, tanquam instrumento hereditatis transferendæ, utatur, vid. ZOESIUM *ad tit. Dig. de SCto Trebell. in fin.* DONELLUM *Lib. VIII. cap. XXVI. lit. b.*

s) QUOD quidem iterum confirmat *cap. XVI.* X^{ti}. *de testament.* Sed *L. VI. C. ad SCtum Trebell.* non obstare, ne pater filios jubeat, ut fructus in Trebellianicam imputent, fatetur SCHILTER. *Exerc. XL. th. XXIV.* & LEYSER. *d. l. med. VI.* cum ista textus de legitima, non de Falcidia & Trebellianica loquatur.

XI. SUNT

XI. SUNT vero casus [r], quibus Trebellianica non potest deduci, nimirum 1.) ob privilegium testatoris scilicet militis, *arg. l. 7. C. ad L. Falcid.* 2.) ob voluntatem testatoris, expresse prohibentis. *arg. Nov.* 1. *c* 2. §. 2. GAIL. 2. *O.* 8. *num.* 15. 3.) ob factum heredis, si non confecerit inventarium, *arg. Nov.* 1. *c.* 2. vel etiam, si coactus adierit *l.* 4. *ff. ad SC. Trebell.* denique 4.) ob conditionem fideicommissorum, scilicet ad pias causas relictorum. *arg. Nov.* 131. *c.* 12.

XII. JUS fideicommissi jam restituti in eo consistit, quod, licet subtili quodam jure heres directus, seu fiduciarius, qui restituit, heres permaneat, §. 3. *I. de fideic. hered.* tamen & commoda, & onera hereditaria ad heredem fideicommissarium pertineant. §. 7. *I. de fideic. her. l.* 1. §. 2. *ff. ad SCt. Trebell.*

XIII. DENIQUE attendendum, quod fideicommissum familiæ relictum alienare nequeat is, in quem fideicommissum translatum, *l.* 69. §. *pen. ff. de legat.* 2. adeo, ut alienans jure suo cadat, atque proximus in familia rem istam vindicare possit a quolibet possessore. *l.* 77. §. 27. *ff. de legat.* 2. vid. PEREGRIN. *de fideic. art.* 3. *&* 14. FUSARIUS. *de fideic. substit. q.* 512. *& q.* 15. Excipitur tamen potissimum alienatio necessaria: & quidem causa ejusmodi necessitatis vel provenit 1.) ab ipso testatore, si nimirum propter æs alienum, ab ipso relictum, res fideicommisso obnoxia sit distrahenda. *l.* 114. §. 14. *v. sed hac. ff. de leg.* 1. vel 2.) ab herede, quando scilicet ob hujus debita alienetur. Datur tamen tunc, post mortem hujus, jus revocandi proximo in familia. *l.* 69. §. 1. *ff. de leg.* 2. CARPZOV. *p.* 3. *C.* 8. *def.* 53. *seqq.* Similiter conceditur alienatio fideicommissi ob alimenta necessaria, si aliunde gravatus non habeat, unde vivat. SANDE *tr. de prohib. rer. alien. p.* 3. *c.* 8. *n.* 22. vel 3.) ab objecto, si nimirum res tempore sit peritura. CARPZOV. *d. l. def.* 32. vel 4.) a lege; si liberi non habeant congruam dotem, aut donationem propter nuptias. SANDE *d. l. num.* 18. Bene vero monet CARPZOV. *d. l. def.* 36. utile & tutius esse, ut hujusmodi casibus præcedat alienationem causæ cognitio, & decretum judicis.

JUNG. *L.* 2. *T.* 23. *I. de fideicommissar. her. & ad SCt. Treb.*

## TITULUS XXVII. DE FIDEICOMMISSIS PARTICULARIBUS SEU SINGULARIBUS.

SUMMARIA.

**APHOR. I.** ***Fideicommissi singularis descriptio:*** **L. 30. ff. t. 1. de legat. & fideicomm. cum seqq. II.** ***quod legatis est exaequatum.***

I. FIDEICOMMISSUM singulare est delibatio hereditatis, ita relicta, ut quis rogetur, rem aliquam singularem alteri præstare *pr. & §. ult. I. de sing. reb. per. fideic. rel.*

r) GENERATIM quarta Trebellianica iisdem casibus cessat, quibus cessat Falcidia, hoc tamen casu addito, si heres fiduciarius adire nolit, §. *VII. J. de fideic. hered. L. III. pr. ad SCtum Trebell.* Verum tamen & hoc dubium est, an heres fiduciarius amittat quartam, si inventarium facere neglexerit. Nam deest expresse lex, quam tamen in pœnalibus semper desideramus, ut sic argumentum, ex NOVELL. *I. cap II.* deductum, commode huc trahi nequeat, cum expresse ibi amissionem Falcidiæ solum heredi imminere dicatur, qui inventarium non confecit.

II. SUNT vero hæc fideicommissa a Justiniano legatis exæquata §. 3. *I. de leg. l. 1. C. comm. de legat.* ita ut quæ ex legatis ad fideicommissa, & vice versa a fideicommissis ad legata aptari possunt, aptentur, ipsa tamen essentia maneat diversa [a], illæque differentiæ, quæ ita accommodari nequeunt, quas scilicet ipsa rei qualitas & voluntas defuncti inducit, adhuc supersint. §. 3. *I. d. t.* vid. ALEXAND. TURAMIN. *singul. tr. de exæquat. legat. cum fideicom.*

CONF. *L. 2. T. 24. I. de singulis rebus per fideicommissum relictis.*

# TITULUS XXVIII. DE CODICILLIS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Codicillorum descriptio.* L. 29. ff. t. 7. de jure codicill. II. *Cui per codicillos relinqui; & quis relinquere possit.* III. *Codicilli sunt vel testamento, ante vel postea facto, vel ab intestato: quo etiam pertinet clausula codicillaris;* IV. *Quæ supplet defectum quoad solennitates testamenti:* V. *haud æque quoad essentialia.* VI. *Plures codicilli simul valent.*

I. PRAETER testamentum alia quoque est ultima voluntas, quæ venit nomine codicillorum. Sunt vero codicilli [x] ultima voluntas, quinque testibus adhibitis, absque alia solennitate ordinationis, declarata [y], qua heres vel ex testamento, vel ab intestato, rogatur, ut hereditatem, ejusve partem restituat, aut rem particularem præstet. §. 1. 2. *& ult. I. de codic. l. fin. §. ult. C. eod.*

a) SED vereor, ne alia, quam nominalis solum, vel a formula desumta remaneat differentia. In effectu enim eatenus exæquata sunt legata & fideicommissa, ut, quamvis olim legatum a legatario relinqui non posset CAJUS *Instit. Lib.* II. *Tit.* VII. §. III. cum iniquum videretur, id, quod alicui semel donatum esset, ipsi iterum adimere, quod secus in fideicommissis *pr. J. de singul reb. per fideic. relict.* jure novo nec hac in re quicquam differentiæ remaneat, sed a legatario legatum tam per verba directa, quam per verba precativa valide relinquatur.

x) ITA definitionem format Auctor ex suffragio Practicorum, qui hanc in *L. ult. C. de Codicill.* huic ultimæ voluntati præscriptam existimant formam, ut coram quinque testibus, quos tamen probationis solum gratia adhiberi, & sic etiam fœminas admitti dicunt, declaretur. Sed late docet BÖHMER. *Diss. de Codicill. sine testib. valid.* id ipsum ex hac lege neutiquam posse inferri. Et, si dicendum, quod res est, ipsa Codicillorum origo, quam accurate indicat *pr. J. de Codicillis*, dubitare non sinit, quin Codicilli absque omni solennitate subsistant. Erant enim epistolæ simplices ad heredem scriptæ de eo, quod heredes post mortem scribentis facere deberent. Quare non eadem solum formula, qua epistolæ concipiebantur v. c. Lucio Titio heredi salutem BRISSONIUS *de formul. cap. VIII. p. 686. sq.* sed etiam Codicillos diserte epistolas vocat *L. LXXXIX. pr. D. de Legat. II. L. XLI. §. II. D. de Legat. III.* Sigillatim vero verbis precativis utebantur scribentes, ut sic proxime ad fideicommissum accederent Codicilli. Conf. *L. XIII. §. I. D. de Jur. Codicill. L. I. §. ult. C. de Codicill.* Heredem igitur jam adesse præsupponebat Codicillus, nec ideo nova in Codicillis fieri poterat heredis institutio. Cessabat exheredatio, hereditatis ademtio, substitutio, nova conditio, verbo: In codicillo nihil mutare poterat scribens, quæ heredis institutionem respiciebant. Nec hac in re quicquam postea mutatum est, ut sic nec videatur ratione solemnitatum aliquid mutatum esse, conf. §. *fin. J. de Codicill.* quamvis postea hoc admissum sit, ut nuncupative vel alia forma, vim epistolæ non habente, heredi aliquid injungeretur.

y) Ex communi itaque opinione hanc formam desiderant Codicilli, ut I) adhibeantur quinque testes, qui tamen non debent esse rogati, nec habiles, modo in probatione fidem habeant. Quodsi tamen coram duobus vel nullis

II. Codicillis relinqui potest iis, qui saltem per fideicommissum ex testamento capere possunt. vid. *l.* 14. *ff. de jur. codic.* & potest is codicillos facere, qui testamenti factionem habet. *l.* 6. §. 3. *eod.* Sicuti vero cœcus in testamento præter septem testes tabularium, vel octavum testem, adhibere debet: ita in codicillis sextus testis est adhibendus. Richter. *ad l.* 8. *C. de codic. n.* 68.

III. Praesupponunt codicilli heredem directum, adeoque vel testamento [z], ante vel postea facto, quis codicillos facere, vel, licet intestatus decedat, fideicommittere codicillis potest. §. 1. *I. de codic.* Ab intestato vero fiunt vel simpliciter, testamento scilicet plane non condito; vel subsidiarie, quando scilicet testamentum quidem conditur, sed ei inseritur clausula, quæ dicitur codicillaris, ut: si hoc testamentum meum non valeat ut testamentum, valeat tamen ut codicillus. Si ergo testamentum, forte propter defectum aliquem, non subsistat, sustinetur per istam clausulam, ac si codicilli ab intestato sint facti. vid. Turret. *tr. de effect. clauf. cod.*

IV. Vim itaque habet [a] hæc clausula, quando in ultima voluntate observata quidem sunt ea, quæ ad codicillos sufficiunt, sed in iis, quæ ad testamenti formam requiruntur, aliquid deficit. Hinc 1.) subsistit ultima voluntas, si testes quidem quinque adsint, sed non plures, vel non rogati; 2.) si circa institutionem heredis quis fuerit defectus, ut 1. si ea omnino omissa, aut solum legata relicta, si filius præteritus, vel non recte exheredatus. Richt. *Dec.* 40. *n.* 30. & 31. Zepper. *de Cod. c.* 4. *n.* 20. *seqq.* 3.) si parentes a liberis præteriti; Carpzov. 6. *resp.* 113. 4.) si testamentum rumpatur per nativitatem, filii non instituti: nisi testator ignoraverit, uxorem esse prægnantem, Gail. 2. *O.* 114. Et hisce duobus proximis casibus legitimam debent habere salvam liberi, & convenienti casu etiam Trebellianicam, vid Carpz. *d. loc.* 4.) si frater instituat turpem personam, modo ista persona sit habilis ad fideicommissum accipiendum. vid. Zepperum *tr. de codic. cap.* 4.

testibus testari licet, nec Codicillus solennitatem requirit. Sin præter numerum testium ordinarium unus adhuc adhibendus sit v. c. in testamento cœci, in Codicillo quoque numero quinario sextus addendus II) ut testes subscribant Codicillo scripto III) ut unitas actus observetur. Idque, ut dixi, colligunt ex *L. ult. C. de Codicill.*

z) Sunt itaque Codicilli vel testamentarii, vel ab intestato, qui in effectu ita differunt, quod illi subsistant una cum testamento, hi propria auctoritate. Omnem itaque priores vim & efficaciam ex testamento habent *L. III. §. II. de jur. Codicillor. L. V. §. XIV. de his, quæ ut indign.* Et sic etiam non valebant, nisi in ipso testamento, si antea confecti, confirmati reperirentur, *L. V. D. de jure Codicillor.* sin postea confecti, & directo præter ea, quæ ad institutionem heredis pertinebant, aliquid disponerant, v. c. de legatis, de tutela, de libertatibus, minimum antecedenter solenni quadam formula, cujus exempla sunt in *L. LVI. pr. D. de fideic. libertat.* & *L. XVIII. D. de jur. Codicill.* jussi esse valere. Verum hanc confirmandi necessitatem, quod priores Codicillos attinet, sustulerunt Severus & Antoninus, eosque valere voluerunt, quousque non appereret, testatorem a priori voluntate recessisse, §. *I. J. de Codicill.* Eandemque confirmationem cessare etiam in iis, qui post testamentum conficiebantur, etiamsi directo quid in illis dispositum esset, docui in *Const. amiss. Manip. III. observ. X.*

a) Paucis nota, clausulam codicillarem, suppositis requisitis, in Codicillo observandis, testamento adjectam, supplere defectum in solennitatibus, neutiquam vero defectum, qui ipsam voluntatem subsistere, testatorem testamentum condere, heredem ex ultimo elogio aliquod emolumentum capere prohibet. Add. Stryckium *de Cautel. testament. cap.* XXIII. §. XXXI.

V. NIHIL operari potest clausula codicillaris 1.) si testator plane sit inhabilis; TURRETUS *q.* 46. 2.) si non satis constet de voluntate defuncti, vid. *l.* 11. §. 1. *ff. de legat.* 3. 3.) si ne quidem quinque testes adsint, TURRET. *q.* 113. & denique 4.) si ei, qui nec fideicommissum capere potest, quid relictum.

VI. DENIQUE sciendum, quod etiam plures codicilli possint fieri. *l.* 6. §. 1. *ff. de jur. codic.* § *ult. I. eod.* & licet diversi fuerint, sustinentur, modo non sint contrarii. *l.* 3. *C. de codic.* JUNG. *L.* 2. *T.* 25. *I. de codicillis.*

## TITULUS XXIX. DE EXECUTORIBUS TESTAMENTARIIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Constituuntur aliquando executores testamentarii.* II. *Hoc officium sponte suscipitur.* III. *In quo consistat.* IV. *Quomodo alienatio permissa.* V. *Plures si sint, omnium consensus requiritur.*

I. SOLENT quandoque testatores in testamentis certas personas denominare, easque rogare, ut prospiciant & exequantur, ne quid intermittatur, quod ipsi in testamento disposuerunt, sed omnia fideliter ac diligenter observentur, atque præstentur; qui dicuntur executores testamentarii [b]. vid. JACOB. A CANIB. *tr. de execut. ultim. vol.* item JOHANN OLDENDORPIUS *de executor. ultim. vol.* NICOL. EVERHARDUS. *jun.* 2. *consil.* 18.

II. HOC executoris officium, nisi quis ipsi testatori promiserit, non tenetur quis invitus suscipere: si tamen quis illud detrectet, legatum ipsi hoc fine relictum amittit.

III. OFFICIUM hujusmodi executoris [c] consistit in eo, ut curet super tota massa hereditaria inventarium confici, ac diligenter provideat, ut tum heredes, quod ipsis debetur, accipiant, tum etiam legata, cumprimis ad pias causas destinata, debi-

*b*) IMO causam habent Doctores, ut executoribus testamentariis addant executores conventionales, legitimos & dativos, vid. LAUTERBACH. *Diss. de executor. ultim. voluntat.* Testamentarium Auctor describit. Conventionalis duplici ratione existere potest, vel ex promissione, vivo testatori facta, quale exemplum in *L. XII. §. XVII. & L. XIII. D. Mandati* occurrit, vel ex conventione cum heredibus, legatariis, aliisque, quorum interest, post mortem testatoris inita. Leges deinde in legata pia inspectionem concedunt Episcopo *L. XXVIII. & XLIX C. de Episc. & Cleric.* NOVELL. *CXXXI. cap. XI.* Generatim supremum ultimarum voluntatum executorem magistratum constituunt *L. I. pr. Si quis omiss. caus testam.* Dativum denique magistratus ipse denominat.

*c*) TESTAMENTARII nimirum executoris officium in genere consistit in eo, ut curet, quo ultima defuncti voluntas expleatur. *C. XIX. X*. *de testam.* Quare neque jurisdictionem exercere, neque litibus heredum aut legatariorum sese immiscere potest, sed rem custodit, administrat, & sententiam judicis expectat. Qui conventione constitutus est, quid possit expedire, ex formula conventionis dispicere debet. Potest enim constitui ut simplex mandatarius, potest etiam eligi, ut arbiter, quo lites laudo simul finiat. A lege vocatus, ut voluntatem in uno alterove capitulo exequatur, ulterius inspectionem extendere nequit. Magistratus denique servat quidem & exequitur ultimam voluntatem, sed etiam, quod nemo alius executor facere potest, ex præsumta testatoris voluntate vel alia justa ex causa ab iis, quæ expresse constituta sunt, recedit. Conf. LEYSER. *Spec. CCCLXXIV.*

to modo, & certo tempore, juxta tenorem testamenti præstentur, præterea executor etiam obstrictus est, ut iis, quorum interest, rationem reddat.

IV. Si necessitas exigit, ut bona, mobilia vel immobilia, ad hereditatem pertinentia alienentur, quo possint præstari legata: non nisi consensu Magistratus, & eorum, quorum interest, hæc alienatio est instituenda.

V. Si plures executores sint nominati, alter absque alterius consensu, nisi forte alter absit & res moram non patiatur, nihil suscipiat [d].

## Titulus XXX. De Hereditatibus ab Intestato.

### Summaria.

Aphor. I. *Testamento non vel haud rite condito, hereditas lege ab intestato defertur.* II. *Legitima successio sec. jus veterum:* L. 38. ff. t. 16. de suis & legit. hered. *sec. jus Novellarum.* III. *Tribus ordinibus.* IV. *Primo succedunt defuncto ejus descendentes; circa quos tres occurrunt casus: I. relictis liberis solum primi gradus;* V. *II. Concurrentibus, cum liberis primi gradus, aliis diversi gradus;* VI. *III. Omnibus ulterioris gradus existentibus.* VII. *Quid si liberi sint ex diversis matrimoniis.* VIII. *Obtinent hæc in filiis legitimis, ut & legitimatis per subsequens matrimonium: circa legitimatos vero per rescriptum disting.* IX *Illegitimi, & quidem 1. naturales succedunt matri; sed non ita indistincte patri: 2. spurii soli matri, ac in ejus linea, succedunt. 3. incestuosi ac adulterini non succedunt nec patri, nec matri.* X. *Cæterum jure Saxonico filiis obveniunt specialiter res expeditoriæ; nisi superstes sit mater.* XI. *Secundo descendentibus non exstantibus, succedunt ascendentes Attendendum aliquando hic, unde bona provenerint.* XII. *Jure communi cum ascendentibus admittuntur fratres ac sorores germani, eorumque ante defunctorum liberi:* XIII. *At jure Saxonico soli ascendentes succedunt, exclusis fratribus defuncti.* XIV. *Quid in adoptivis obtineat: item illegitimis parentibus.* XV. *Tertio succedunt, nec descendentibus nec ascendentibus superstitibus, collaterales, & quidem I. fratres sororesve, eorumque defunctorum liberi jure repræsentationis.* XVI. *Jure Saxon. quoad bona hereditaria in ordine collateralium jus repræsentationis non obtinet.* XVII. *Fratrum filii, soli existentes succedunt in capita.* XVIII. *Quid jure Saxon. obtineat.* XIX. *II. Fratres consanguinei & uterini, eorumque filii.* XX. *Jure Sax.* XXI. *Reliqui collaterales gradu propinquiores.* XXII. *3. Si duplici ratione quis sit cognatus, duplicem capit portionem.* XXIII. *Applicantur hæc successionum jura ad legitimatos, & quodammodo ad agnatos per adoptionem.* XXIV. *At in illegitimis collateralibus aliud obtinet.* XXV. *Jure Saxon. agnati præcipuas habent res expeditorias, & fœminæ geradam.* XXVI. *Admittuntur etiam ad successionem quodammodo conjuges jure civ.* XXVII. *Jure Saxon. maritus succedit in mobilia uxoris: salva tamen liberis legitima.* XXVIII. *Viduæ ignobili debetur jure Saxon. communi quarta pars; aliquando virilis portio ex bonis mariti & uxoris collatis, nisi malit dotem & illata solum repetere.* XXIX. *Quid jure Electorali obtineat. Quid vidua nobilis consequatur.* XXX. *Præcipue vero pacta & statuta sunt attendenda.* XXXI. *Heredes si desint alii, conjuges sibi invicem succedunt.* L. 38. ff. t. 11. unde vir & uxor. XXXII. *Nec alio herede existente, nec conjuge superstite, fiscus succedit.*

I. Testamento non extante, seu non condito, vel etiam condito, sed infirmato & nullo, hereditati legitimæ est locus, sive iis defertur here-

[d] Quod intellige de casu, si plures conjunctim a testatore, per conventionem, aut a magistratu sint constituti. Nam potest etiam fieri, ut officium testamentarii & conventionalis, alterutrius & legitimi collidat. Eoque occasione, qui ab omnibus, quorum interest, constituitur, testamentario præfectur, nec hujus dissensum curat, quod ex *L. CXX. §. I. de legat. I. L. LXXXVIII. § XIV. de legat II. L. XI. C. de fideicommiss.* probat Leyser. *cit. loc. medit. II. sqq.* Magistratus vero, quicquid dissentiat testamentarius vel alius executor, officio suo satisfacit.

ditas, quos lex vocat [e], absque defuncti ordinatione. *l.* 39. *l.* 70. *pr. l.* 77. *ff. de acquir. vel om. hered. l.* 89. *ff. de R. I. l.* 1. *pr. de suis & legit. hered. pr.* §. 1. *& seqq. Inst. de her. qua ab intest. def.*

II. LEGIBUS quidem XII. tabularum ita cavebatur: Si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Vocabuntur igitur hisce legibus solum sui inter descendentes, & agnati inter collaterales. His non extantibus, vel repudiantibus, hereditas fisco cedebat [f]: quod cum iniquum videbatur Prætori, emancipatis & cognatis subvenit per bonorum possessionem, de qua inferius. Justinianus vero, quod ordinem succedendi attinet, suorum & emancipatorum, ut & agnatorum & cognatorum differentiam sustulit *Nov.* 118.

III. JURE itaque Novellarum tres ordines sunt statuti, 1.) descendentium, 2.) ascendentium, 3.) collateralium, in quibus tamen ordinibus quædam, non expresse correcta, ex jure veteri retinentur.

IV. PRIMA successionis causa est descendentium. *Nov.* 118. *pr. & c.* 1. eoque nomine veniunt omnes liberi primi, & ulterioris gradus; masculi & fœminæ, & ab his propagati; jam ante mortem nati & posthumi; sui & emancipati. Sunt vero circa

*e*) ET ita quidem vocat, ut succedant secundum jura loci, ubi hereditas sita est. Quod immobilium intuitu caret difficultate. Quod ad mobilia vero, jura domicilii, quod defunctus habuit, spectanda sunt. STRYCK. *de Succession. ab intest. Diss. I. cap. IV.* §. *II. sq.* Idem juris est in nominibus, etiamsi extra locum domicilii contracta sint, cum mobilibus adnumerentur, & in his successio ex statutis domicilii dijudicetur, utut alibi reperiantur CARPZOV. *P. III. Const. XII. def. XIV.* Quod si vero defunctus forum privilegiatum habuerit, successio magis secundum jura provinciæ, quam secundum leges loci fit, ubi habitavit LEYSER. *Spec. CCCCXXI. med. VII.* nisi simul jura civitatis sit adeptus. Ita enim temperandam esse censeo istam regulam. Confer. WERNHER. *P. IV. obs. CXLII.* Si denique defunctus certo in loco sedem fortunarum non constituerit, quoad successionem in bona mobilia locum originis spectandum esse docet HARTMANN. PISTORIS *obs. LV. n.* 4. *&* 12.

*f*) LATE & accurate hunc ordinem succedendi antiquum prosequitur triga JCtorum CAJUS in *Instit. Lib. II. Tit. VIII.* PAULUS *Recept. Sentent. Lib. IV. Tit. VIII.* ULPIANUS *Fragment. Tit. XXVI.* horumque dogmata cum legibus Mosaicis confert AUCTOR *Collat. Leg. Mosaic. & Roman. Tit. XVI.* Res eo redit. Vocabantur primo sui, id est, omnes liberi absque distinctione sexus & gradus, qui in potestate morientis fuerant. Plane vero excludebantur emancipati, quippe extraneorum loco, postquam per emancipationem omne jus suitatis & agnationis amiserant, habitl §. *III. J. de hered. qualit. & different.* Deinde vocabantur agnati, qui erant cognati per virilis sexus personas cognatione testatori juncti, absque discrimine quidem sexus, juxta proximitatem tamen gradus, & habita præprimis consanguineorum, fratris nempe & sororis, ratione. Quamvis successioni agnatarum mox præjudicium inferret Lex Voconia, quæ eas generatim a successione legitima excludebat, ut ne unica quidem filia hereditatem capere posset. Deficientibus agnatis vocabantur gentiles, ab agnatis ita distincti, ut hi peculiarem, quæ ex universa quadam gente derivaretur, constituerent familiam, illi omnes dicerentur, qui unius ejusdemque gentis, unius ejusdemque nominis, quamvis ex diversis familiis, essent. Sic vero hic servabatur ordo, ut primo venirent agnati ejusdem stirpis, ejusdemque agnominis, deinde agnati ejusdem familiæ & cognominis, denique gentiles ejusdem nominis, secundum proximitatem gradus. Postea demum fiscus vocabatur. Ex quo constat, nullam olim neque emancipatorum neque cognatorum, sive per fœminas conjunctorum, sive mares essent, sive fœminæ, legitimam fuisse successionem. Qui vero factum sit, ut cognati per temporum intervalla successionis fierent capaces, vide cum iis, quæ totum hoc argumentum illustrant in *Consiis, omiss. Manip. IV. obs. II.*

ſucceſſionem deſcendentium tres caſus notandi. Primus eſt, quando defunctus relinquit ſolum liberos primi gradus: hi ſuccedunt viritim, ſeu in capita, h. e. hereditas dividitur in numerum perſonarum; & licet nepotes extent ex liberis adhuc vivis, pater ipſorum [g], non illi ſuccedunt, adeo ut filius etiam emancipatus excludat nepotem in poteſtate retentum, *per d. Nov.* 118. *cap.* 1. nec infans tenellus, exſtantibus aliis adultis & majoribus, alimentorum ratione aliquam prærogativam habet, ſed ſua portione, æqualiter diviſa hereditate, contentus eſſe debet. CARPZ. *p.* 3. *C.* 15. *d.* 33.

V. SECUNDUS caſus eſt, ſi cum liberis primi gradus concurrant ulterioris gradus liberi, ex defunctis parentibus ſuperſtites: tunc hi cum illis ſimul ſuccedunt, jure repræſentationis [h] in ſtirpes, h. e. eam portionem accipiunt nepotes, pronepotesve, quam ipſorum accepiſſet parens, ſi vixiſſet, cujus defuncti locum ingrediuntur, *d. Nov.* 118. *c.* 1.

VI. TERTIUS caſus eſt, quando omnes ſunt ulterioris gradus, & videndum: an ſint omnes ex una ſtirpe, v. g. tres nepotes ab uno filio generati, & ſucceſſio ſine dubio fit in capita; an vero ex diverſis ſtirpibus: atque tunc jure repræſentationis ſecundum ſtirpes dividitur hereditas, ſive fuerint diverſi gradus, ut nepotes & pronepotes; ſive ejuſdem, ut nepotes ex pluribus filiis, *d. Nov.* 118. *c.* 1.

VII. SPECIALITER notandum eſt, quid obtineat, ſi liberi ſint ex diverſis matrimoniis. Diſtinguendum eſt [i], aut liberi ſunt comprivigni, & quisque ſuo ſolum ſuccedit parenti: aut alterum parentum communem habent & alterum diverſum, & ex his quilibet ſeparatim ſuo proprio parenti; communi vero parenti æqualiter iſti ſuccedunt: exceptis bonis, quæ a marito ad uxorem, & vice verſa ab uxore ad maritum cum certa qualitate pervenerunt, quæ liberi illius matrimonii, quo iſta ita pervenere, præcipua habent. *l.* 6. §. 1. *C. de ſecund. nupt.* Aliquando etiam juxta ſtatuta locorum, conjuge aliquo ad ſecundas nuptias tranſeunte, prioris matrimonii liberis portio certa

*g*) HAEC generalis regula eſt, ut parentes liberos excludant in ſucceſſione majorum STRYCK. *de ſucceſſion. ab inteſtat. Diſſ. I. cap. II. §. XXV.* Caſus tamen quidem adſunt, ubi nepotes avo ſuccedere poſſunt, etiamſi pater eorum, tempore mortis avi, adhuc ſuperſtes ſit. Conf. COCCEJUM *de ſucceſſion. Nepot. Sect. I. §. VII.*

*h*) SIVE transmiſſionis & devolutæ ſucceſſionis. In linea enim deſcendente jus repræſentationis locum habet in infinitum, nec proximior remotiorem ex alia ſtirpe excludit, ſiquidem remotiores non jure ſuo, ſed jure parentum in eos translato, ſuccedunt. Indeque etiam eſt, quod non in capita ſuccedant, ſed in ſtirpes, atque portione parentibus debita contenti eſſe debeant.

*i*) PAUCIS nota: Patri communi liberi diverſi matrimonii ſuccedunt æqualiter, proprio parenti ſinguli ſeparatim, ſi bona reſpicias, quæ pleno jure ad parentem ſpectabant, & ſic ſine dubio etiam excluſis unilateralibus ſuccedunt in iis, quæ parenti eorum obvenerunt ex bonis defuncti conjugis ex pacto, lege, ſtatuto, conſuetudine. Omnia enim, quæ parens proprio jure acquiſivit, & bonis ſuis ſemel immiſcuit, rebus ejus hereditariis recte adnumerantur. Sed e contrario nihil juris competere poteſt liberis diverſi matrimonii in bonis, quæ parenti ex priori matrimonio non proprio, ſed uſusfructus forſan jure, obvenerant; Cum liberi prioris matrimonii in his bonis, jam ad ſe devolutivis, dominium retinuerint, nec ideo ea rebus hereditariis adnumerari poſſint. Multum tamen hoc in argumento refert, ut reſpiciamus, anne liberis diverſi matrimonii vel per pacta dotalia, vel per unionem prolium ſit proſpectum. His ipſis enim eosdem vel ad ſucceſſionem, quæ jure non debebatur, admitti, vel a ſucceſſione, quam ſperabant, excludi experientia docet.

assignetur [k], qua tunc contenti esse debent. LAND-R. *Lib.* 1. *art.* 5. quod de justa divisione, & separatione accipiendum: secus si liberi saltim subsidia aliqua acceperint, quo casu, facta solum collatione, adhuc cum aliis ad successionem admittuntur. LAND-R. *Lib.* 1. *art.* 10 & 13. RICHTER. *tr. de success. ab intest. sect.* 1. *m.* 1. *n* 17. & *n.* 101.

VIII. OBTINET hæc in filiis legitimis, ut & legitimatis per subsequens matrimonium, nec non adoptivis [l]. Circa legitimatos per rescriptum Principis distinguendum est: aut nulli liberi justi, sive legitimi extant, & succedunt legitimati; aut extant, & non succedunt cum legitimis, nisi ipso patre & Principe ita disponente. GAIL. 2. *O.* 142. add. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 6. *d.* 27.

IX. ILLEGITIMI filii sunt duplicis generis: vel enim simpliciter extra legitimam conjunctionem sunt prognati; vel ex coitu peculiariter damnato nati. Prioris generis sunt (1.) naturales ex concubina, vel etiam ex fœmina honesta [m], extra matrimonium prognati: atque hi matri, & omnibus ex linea materna ascendentibus, perinde ut legitimi, & cum legitimis succedunt *l.* 2. & 8. *ff. unde cognati l. pen. C. ad SCt. Orph.* Circa paternam vero hereditatem distinguendum est [n]: aut pater relinquit ex conjugio filios legitimos, vel saltim legitimam conjugem, & isti illegitimi non admittuntur ad successionem, alendi tamen sunt, usque tum sibi ipsis victum quærere possunt, ex hereditate paterna, *Nov.* 89. *c.* 12. §. 4. *auth. licet. C. de nat. lib.* aut vero nec liberos legitimos, nec conjugem, relinquit, & admittuntur isti illegitimi in sextantem, seu duas uncias (h. e. sextam partem hereditatis paternæ) cum matre, ista concubina, dividendas. *d. Nov.* 89. *c.* 12. *§.* 4. Intelligendum vero hoc est de primi gradus liberis

*k*) QUOD optimo consilio ad evitandas inextricabiles de jure separationis bonorum lites est constitutum, & aliquibus in locis eousque extensum, ut ne secundas nuptias quidem benedictione sacerdotali perficere liceat prius, quam successio in ordinem redacta sit, judiciali auctoritate interveniente. Idque eum effectum habet, ut primo liberi prioris matrimonii ejus intuitu, quod ab eorum parente provenit, securi [illegible]entur, deinde vero id, quod ab altero parente alias demum post mortem ejus sperabant, quasi per anticipationem successionis, iis vivo parente tradatur. Sic vero similes fiunt liberis separatis, *denen abgefundenen Kindern*, quibus Hamburgenses & Lubecenses portionem hereditariam assignant, eosque hoc ipso a futura successione excludunt.

*l*) ADOPTIONEM enim, qualiscunque sit, jura successionis operari, & adoptivis jus legitimorum liberorum tribuere, certo certius est. Quamvis alibi jam demonstratum sit, hoc solum procedere in bonis, quæ patris dispositioni & arbitrio subsunt, & in quibus tertio nondum jus aliquod quæsitum est. Nam successio, quam pactum vel lex defert, adoptione invarverti nequit. Idem juris est in legitimatis, sive matrimonio interveniente, sive Principis rescripto peracta sit legitimatio. Nam ne Princeps quidem legitimatos potest reddere capaces successionis, quam tertius ex pacto vel providentia expectat. Quæ omnia suo loco indicavimus.

*m*) EXCEPTA matre illustri, quæ liberos legitimos habet. Nam vi *L. V. C. ad SCtum. Orphitian.* mulieribus ingenuis & illustribus castitatis observatio præcipuum debitum est, & sic in illis nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum, & temporibus Justiniani indignum erat. Lex sane, si ulla in toto codice, ridicula! Sed veritus forsan est Justinianus, ne spurii plures hereditatem uxoris Theodoræ, fœminæ olim quovis scorto vilioris, capturent. Quare non dubitavit, quin istam legem, ipsi pudicitiæ, quam semper colendam censet, dedicaret.

*n*) PRAETEREA vero, cum Jus Canonicum ea, quæ de naturalibus liberis disposuit Jus Romanum, ad spurios traxerit, qui tamen, tanquam sine patre nati a naturalibus, qui patrem noverunt, quam maxime sese distinguebant, & hoc loco præsupponendum est, spurios patri haud succedere posse, nisi certus ille sit, vel dum condunda-

dundaxat: qui enim ulterius ex liberis illegitimis progeniti, non ſuccedunt in linea paterna, *l.* 12. *C. de nat. lib.* add. RICHTER. *d. tr. ſect.* 1. *m.* 3. *n.* 5. 6. 7. & 9. (2) ex meretrice progeniti, ſpurii ſeu vulgo quæſiti: hi ſoli matri, & aſcendentibus maternis ſuccedunt. *l.* 2. *l.* 8. *ff. unde cognati*: (3) Poſterioris generis ſunt inceſtuoſi & adulterini, qui nullo modo parentibus ſuis ſuccedunt, neque patri neque matri °. *d. Nov.* 89. *c. ult. Nov.* 74. *c. fin. auth. ex complexu. C. de inceſt. nupt.* alimenta tamen neceſſaria *p* ipſis debentur. *arg. Nov.* 12. *c.* 2. add. GABRIEL PALAEOTUS. *tr. de Nothis & Spuriis c.* 41. GAIL. 2. *O.* 115. CHRISTIN. *vol.* 1. *deciſ.* 198. & *vol.* 4. *dec.* 64. RICHTER. *d. loc. m.* 3. *n.* 3.

X. De jure Saxonico ſpecialiter hic notandum 1.) quod ex hereditate paterna ſolis filiis, vel nepotibus ex mortuis filiis, & quidem regulariter equeſtris ordinis, obveniant res expeditoriæ *q* (*das Heergewette*) LAND-R. *lib.* 1. *art.* 27. & ſenior inter il-

cubitum confeſſus, vel dum ſententia judicis pro patre ſpurii declaratus eſt. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. I. cap. II. th. LIII.* vid. tamen quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. II.*

*o*) Sive ex concubitu, quem quis cum conjugata, ſive ex concubitu, quem maritus cum ſoluta exercuit, nati ſint. Quamvis enim de ultimo caſu dubitet ANTON. FABER. *in Cod. Lib. VI. Tit. XXXI. d. VIII. ob L. VI. §. I. D. ad L. Jul. de adult.* facile tamen patet, id ex principio Juris Romani, quo adulterium violatio thori conjugalis erat, derivandum eſſe. Nobis autem adulterium dicitur violatio fidei conjugalis, & ſine dubio ab utroque conjugum committi poteſt. Certe, ſive hunc, ſive illum caſum cogites, damnatus adeſt complexus. Ex hoc vero natos Jus Romanum novum abſque diſtinctione a ſucceſſione excludit add. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. I. cap. II. §. LVII.* & *Diſſ. III. cap. I. §. XXXIX.* WERNHER. *P. VI. obſ. CCCXVII.*

*p*) Quod, dubito, an ex Jure Romano poſſit defendi. Nam NOVELLA *LXXXIX. cap. ult.* & AUTHENT. *Ex complexu C. de inceſt. nupt.* alimenta adulterinis & inceſtuoſis ſimpliciter denegant. Et quamvis non deſint, qui hanc diſpoſitionem de alimentis ſolum lautioribus explicent BRUNNEMANN. *ad d. auth.* non tamen video, qui fieri potuerit, ut inceſtuoſi ſigillatim liberi ex parentum bonis alimenta naturalia caperent, cum bona ipſa inceſtuoſorum in fiſcum redigerentur AUTH. *Inceſtas C. de inceſt. nupt.* Imo, quod Jus Canonicum attinet, ne hoc quidem inceſtuoſis, ſed adulterinis ſolum in C. V. X. *de eo, qui dux. in matr.* proſpicit, ut alimenta ex bonis parentum capiant. Interim, cum hodie confiſcatio bonorum in prædicto caſu ceſſet, veraque ratio præſtandi alimenta hæc unica ſit, ne fame pereant liberi, non inde ſolum infertur, naturalia ſufficere alimenta, ſed & per ſe patet, in ſubſidium ejuſmodi liberos ex publico, exemplo aliorum pauperum, eſſe alendos.

*q*) Sunt vero res expeditoriæ, quibus defunctus olim in expeditione bellica uſus eſt, easque Henricus Auceps iis, qui militiæ, & clypei militaris capaces erant, præcipuas eſſe juſſit vid. GUNDLINGII *Diſſ. de Henrico Aucupe.* Quare, quod ad perſonas attinet, quæ in his rebus ſuccedunt, facile patet, ingenuis ſolum Germanorum ſucceſſionem utilem fuiſſe, BEYER. *Spec. Jur. German. Lib. II. cap. XIV. §. IX.* res ipſas vero ſi ſpectes, aliæ non erunt referendæ ad Heergewettam, niſi quæ militiam inſtruunt, quibusque miles, qui caſtra ſequitur, carere nequit, uti ſigillatim ex catalogo earum, quas recenſet JUS PROV. SAXON. *Lib. I. art. XXII.* apparet. Unde recte infertur, neque cives, neque ruſticos, regulariter Heergewettam relinquere, WERNHER. *P. VI. Obſ. CCCCXXXII.* neque clericos hujus ſucceſſionis eſſe capaces JUS PROV. SAXON. *Lib. I. art. XXVII.* WERNHER. *P. VIII. obſ. CCCCII.* quamvis de civibus gravis oriatur dubitandi ratio, cum poſt temporum intervalla & cum his jus militiæ ſit communicatum, ejusque intuitu citra ineptitudinem defendi poſſit, cives ex ipſa Henricianæ conſtitutionis intentione ad ſucceſſionem in res expeditorias admittendos eſſe, Conf. GUNDLING. *d. Diſſ.* FINCKELTHAUS *Obſerv. XXIII.* Quod ſi enim huic extenſioni mutatam militiæ Germanicæ faciem, quodque in locum militis lecti ſucceſſerit

los gladium habeat praecipuum, c. l. consuet. sine tamen alicubi etiam civibus, ac rusticis agnatis, illae res debentur. CARPZ. p. 3. C 38. d. 24. & 31. seqq. Quae vero res eo pertineant, vid. apud RICHTERUM, d. tr. sect. 1. m. 1. n. 56. seq. ubi etiam monet, illas solum deberi, quae in hereditate reperiuntur, & quidem petendae sunt intra annum & diem, a tempore scientiae, quem esse mortuum; 2) quod ex hereditate materna ad solas filias, vel etiam descendentes ex filiabus mortuis, pertinent gerada seu bona utensilia r. LAND R. d. lib. 1. art. 27. nisi mater nulla alia bona reliquerit, quo casu filiis etiam de gerada legitima debetur. RICHTER. d tr sect. 1. m. 1. n. 60. Exceptio etiam est in clericis vel pastoribus, etiam in nostris Ecclesiis, qui una cum filiabus in gerada materna succedunt. Vid. CARPZ. p. 2. C. 14. def. 60. Notandum quoque est, quod filia spuria, una cum legitimis filiabus, matris geradam accipiat. CARPZ d. loc. def. 58. Quodsi vero pater fuerit mortuus superstite matre, ad uxorem res, ad geradam pertinentes, veniunt. Caeterum in determinandis rebus, ad geradam spectantibus, consuetudo loci, & quid mulier in sua custodia & possessione habuerit, & post mortem suam reliquerit, attendi debet s. vid. GOLDB. tr. de jur. gerad. CARPZ. d. p. 2. C 14. d. 22. & sqq. RICHT. d. loc. n. 70.

mercenarius, opponere velles, id ipsum etiam obstaret nobilibus, ne res expeditorias caperent. Deinde & id ex antiqua hujus negotii natura commode elicitur, res, quae expeditioni bellicae non inserviunt, nec Heergewetticis annumerari posse, & sic quoque ne usum quidem quotidianum & defuncto proprium efficere, ut res aliqua ad illas referatur WERNHER. P. VI. obs. CCCCLXXVI. Verum enim vero, si dicendum quod res est, plus hac in argumento tribuimus consuetudini, quam rationi dispositionis. Illa vero tam varia est, ut fere ubique, sive de personis, rerum expeditoriarum capacibus, sive de rebus ipsis Heergewetticis judicare velimus, ad id respicere debeamus, quod in quolibet loco usu veniat. Nam ne hoc quidem universale est, ut fiscus demum, si nemo ex agnatis superfit, Heergewettam sibi vindicet, sed consuetudo iterum variat. Id tamen fateamur necesse est, I) Jus successionis in rebus Heergewetticis, quia ex lege est, ultima voluntate non posse interverti CARPZOV. P. III. Constit. XXXVIII. def. XXXIV. II) Illi tamen intra annum & diem praescribi JUS PROV. SAXON. Lib. I art. XXVIII. HEIGIUS P. I quaest. XVI. FINCKELTHAUS. observ. LXXXIII.

r) HUJUS etiam successionis introducendae peculiaris fuit ratio, quae mutata hodie facie rerum, locum sibi haud vindicet. Nam filiabus successio in bona utensilia, quae in ornamento & mundo muliebri consistunt, in compensationem exclusionis a successione in bonis immobilibus, cujus tamen hodie post receptionem juris Romani omnino sunt capaces, videtur concessa JUS PROV. SAXON. Lib. I. art. XVII. BERGER. Diss. de legitima matris, cap. III §. XVII Hoc tamen singulare est, quod clerici filii etiam, si tempore mortis defuncti in ordine jam sint constituti, cum filiabus in gerada succedant, JUS PROV. SAXON. Lib. I. art. V. quod forsan eo fine factum, ut aequo animo exclusionem a successione in rebus expeditoriis ferrent. Caeterum cum saepius ipsa bona utensilia integram hereditatis substantiam exhauriant, optimo consilio est constitutum, ut filiae eandem imputent in legitimam, quam salvam habere debent ab intestato successuri. CONSTIT. ELECT. SAX. XL. P. III. add. HARTUNGII Diss. de Comput. ger. in legitimam. Quas autem diximus, res expeditorias non posse adimi ultima voluntate, easdemque praescriptioni annali subesse, id ad bona utensilia quoque trahamus necesse est. Nec hoc praeterea omittendum, hoc in argumento denuo usum & consuetudinem ubique in subsidium esse vocandum.

s) RES omnis huc redit, ut ad bona utensilia regulariter referantur I) mobilia solum JUS PROV. SAXON. L. I. art. XXXI & Lib. III. art. LXXVI. Res vel natura vel lege immobiles huc non pertinent d. JUS PROV. Lib. I. art. LVIII. JUS WEICHBILD. art. XXIII. II) istae res debent esse ad proprium uxoris usum destinatae, III) & ab ea titulo legitimo atque ad

XI. SI nulli descendentes adfuerint, admittuntur ascendentes, quos scilicet mortalitatis ordine turbato. *l.* 15. *pr. ff. de inoff testam.* miserationis ratio ad liberorum bona admittit *l.* 7. *§.* 1. *ff. si tab. testam. null. extab. Nov.* 118. *c.* 2. Succedunt vero primo ascendentes primi gradus, nimirum pater & mater, æqualiter [t], vel, si pater sit mortuus, sola mater, & vice versa. Matre vero & patre non existente, secundi gradus parentes, avus nimirum & avia: hi si fuerint plures in lineis diversis, æquales quidem gradu, sed dispares numero, (*v. g. in linea paterna avus: in linea materna avus & avia*) succedunt secundum lineas, sive in genera, non in capita *Nov.* 118. *c.* 2. Idem porro applicabis ad ulteriores gradus, nemine secundi gradus existente. add. CARPZ. *p.* 3. *const.* 17. *d.* 2. *&* 3. Cæterum secundum communem Doctorum sententiam attenditur hic, unde bona provenerint [u], quæ a defuncto filio sunt relicta, ita scilicet ut ex linea paterna profecta bona, ad paterni generis ascendentes; ex linea vero materna, ad ascendentes materni generis devolvantur. CARPZ. *p.* 3. *C.* 14. *d.* 2. RICHTER *sect.* 2. *m.* 1. *n.* 11.

XII. NON tamen ascendentes jure communi excludunt omnes collaterales, sed simul cum iis admittuntur defuncti fratres & sorores, ex eodem patre, & ex eadem matre nati: & quidem in capita ac pleno jure, ita ut pater, in cujus potestate sunt illi fratres aut sorores, non habeat usumfructum in portione illis obveniente; *Nov.* 118. *c.* 2. *v. si vero.* fratres vero sororesve, ex uno tantum latere conjuncti, non concurrunt cum parentibus, sed soli ascendentes succedunt, adeo ut ne quidem consanguineus frater cum patre, aut uterinus cum matre admittatur. *d. Nov. auth. defuncto C. ad SCt. Tertull.* RICHT. *d. tr. sect.* 2. *m.* 1. *n.* 21. Præterea jure repræsentationis concurrunt etiam cum ascendentibus fratrum germanorum, ante defunctorum, filii in stirpes, *Nov.* 127. *c.* 1. per quod caput correcta est *Nov.* 118. *c,* 2. CARPZ *p.* 3. *C.* 17. *d* 4. etiamsi,

transferendum dominium habili acquisitæ, IV) dispositioni liberæ subjectæ, & V) ab uxore naturaliter simul possessæ CARPZOV. *Lib. I. Resp. XCIV.* COLER. *P. I. Decis. LX.* add. quæ de hoc argumento dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. V. sqq.* Sigillatim rerum utensilium accuratum catalogum exhibet BEYER. *Delin. Jur. Germ. Lib. II. cap. XV. §. XXIII. seqq.*

*t*) IN successione ascendentium, quod præmonendum duxi, proximior semper excludit remotiorem, nec jus repræsentationis sibi locum vindicat. Ipsum autem modum succedendi quod attinet, pater quidem primo & mater æqualiter admittuntur, sed distinguendum tamen est peculium profectitium ab aliis filii bonis, quæ aliunde acquisivit. Peculium enim profectitium patri manet præcipuum, & in adventitio, quatenus patri de jure Romano etiam post mortem filiifamilias, quem in potestate habuerat, ususfructus debebatur, mater, reliquique omnes, qui cum patre simul admittebantur, in parte proprietatis solam succedebant. NOVELL. *CXVIII. cap. II.* Sin deficientibus primi gradus parentibus successio ad avitam lineam devolvatur, omnesque sunt in eodem gradu, eademque linea, successio fit in capita. In diversis demum lineis, si reperiantur, in lineas ita succedunt, ut dimidia pars paternæ, dimidia maternæ lineæ cedat *d.* NOVELL *CXVIII.*

*u*) DE eo tamen, an hæc doctorum opinio naturæ rei, & intentioni NOVELL. *CXVIII.* conveniat, merito dubitabis. Simulac enim bona ad filium devoluta sunt, inque ejus dominium pervenerunt, neque paterna neque materna amplius sunt, sed filio propria. Præterea, si originis bonorum hic habenda esset ratio, nescio, qui fieri posset, ut dispositio *d.* NOV. *cap. II.* quæ bona filii inter ascendentes æqualiter dividi jubet, subsisteret. Denique, admissa distinctione bonorum, fieri non posset, quin sæpius fundamentum successionis ascendentium ordinandæ corrueret, cum posito casu, filium bona solum paterna, & avum paternum cum matre heredes, re-

omnibus fratribus præmortuis, horum filii soli existant. RICHTER. *d. loc.* Quodsi vero & fratres, & fratrum germanorum defunctorum filii, & diversarum linearum, numero impares, ascendentes concurrant, ipsi quidem fratres & ascendentes in capita succedunt, sed fratrum filiis assignatur solum illa portio, quam ipsorum pater fuisset habiturus, si vixisset. RICHTER. *d. l. n.* 18. Ultra fratrum sororumve filios vero nemo cum ascendentibus concurrit, quia ultra istos in linea collaterali jus repræsentationis non extenditur, *auth. post fratres fratrumque. C. de legit. hered.*

XIII. JURE vero Saxonico soli ascendentes succedunt [x] liberis suis, omnesque ac singulos collaterales indifferenter excludunt. LAND-R. *Lib.* 1. *Art.* 27. *&* 28. CARPZ *p.* 3. *C.* 17. *d.* 6. *&* RICHT. *d. sect.* 2. *m.* 1. *n.* 23.

XIV. ATQUE hæc ita obtinent in parentibus naturalibus & legitimis simul [y]: adoptivus vero pater succedit illi filio, qui in ejus potestatem per adoptionem transiit. *l. pen. C. de adopt.* RICHTER. *d. sect. m.* 2. *n.* 4. Arrogatores succedunt filiis arrogatis, una cum sororibus & fratribus germanis, in capita, *d. l. pen. § fin. C. de adopt.* Pater illegitimus filio illegitimo non succedit, mater vero isti succedit. *arg. l. pen. in f. C ad SCt. Orph. l.* 2. *l.* 4. *ff. unde cognati.* RICHT. *d. l. m.* 3.

XV. SEQUITUR tertius ordo succedendi ab intestato, collateralium, qui omnes admittuntur, sexus, agnationis, cognationis, potestatis differentia omnino sublata [z]. *Nov.* 118. *c.* 3. Inter quos primo loco ad hereditatem vocantur defuncti fratres & sorores germani, eorumque liberi primi gradus: quippe qui prædefunctorum fratrum locum per repræsentationem occupant, adeoque, una cum patruis aut avunculis, non in capita, sed in stirpes succedunt, & quia ab utroque parente defuncto sunt juncti, excludunt fratres ex uno latere tantum conjunctos, tam consanguineos, quam ute-

linquere, avus, utut remotior, excludere deberet matrem, ut proximiorem.

*x*) MATER tamen & avia geradam habent præcipuam, eædemque ipsæ, si filia præter geradam alia bona non relinquat, patri inde debent legitimam STRYCK. *Success. ab intest. Diss. II. cap. III. §. I. sq.*

*y*) GENERATIM, quousque ratio diversitatis dari non potest, successio ascendentium & descendentium est reciproca. Unde patet I) non succedere parentes liberis unitis, quia hi uniuntur eo solum fine, ut parentibus æqualiter succedant. II) Non succedere patrem adoptivum minus plene adoptatis, quia adoptio minus plena unice in favorem adoptati, ut jura successionis haberet, est inventa, III) non succedere arrogatorem filio arrogato impuberi, quia effectus arrogationis durante impubertate pendet.

*z*) IN successione tamen collateralium respiciendum est I) ad jus repræsentationis, quippe quod Jus Romanum in linea collaterali ita admittit, ut fratrum liberi in locum patris ascendant. Inde vero fluit, quod fratrum liberi de Jure Communi etiam defuncti patruum, quamvis in æquali gradu constitutum, excludant. Dum enim illi in locum patris præmortui ascendunt, in secundo jam constituti sunt gradu, patruus vero defuncti tertium tantum gradum occupat, & sic remotior est. Nec respectus parentelæ patruo aliquid commodi hic affert. Nam iste respectus in matrimonialibus quidem, non vero in successionibus, locum sibi vindicat. II) Duplicitas vinculi in subsidium vocanda est. Fratres enim bilaterales excludunt unilaterales, imo & hi a fratrum germanorum liberis, qui soli concurrant invicem, excluduntur jure repræsentationis, siquidem hoc ipso, dum locum patris occupant, in pari gradu cum unilateralibus constituuntur, & ob duplicitatem vinculi unilateralibus præferuntur. Præterea, si fratrum Germanorum liberi cum fratrum unilateralium liberis concurrunt, ne opus quidem est jure repræsentationis, cum jam in pari gradu constituti, ob vinculi duplicitatem, unilateralium liberos excludant. STRYCK. *Success. ab intest. Diss III. cap. I. § XII. sqq.* Verum hoc repræsentationis jus, atque hæc duplici-

rinos, licet hi istis sint gradu propinquiores, *Nov.* 118. *c.* 3. Nec attenditur differentia bonorum, an a patre, an a matre provenerint. RICHT. *d. tr. sect.* 3. *m.* 3. *num.* 3.

XVI. JURE Saxonico in bonis hereditariis, seu allodialibus, jus repræsentationis in ordine collateralium non habet locum, sed qui proximior gradu est, remotiorem excludit [a], adeoque fratres germani excludunt etiam fratrum germanorum liberos. LAND-R. *Lib.* 1. *art.* 13. *&* 17. quod quidem mutatum videri posset [b] per Carolinam sanctionem, in comitiis Wormatiensibus *Anno* 1521. latam: quippe qua expresse cautum, ut non obstante aliqua consuetudine, fratrum filii ad successionem patrui, cum defuncti fratribus ac sororibus semper in stirpes admitterentur. Verum utut generalis illa sit Imperii constitutio, nusquam tamen in Saxonia, nisi in iis provinciis, ubi manifeste recepta, (veluti in Archi-Episcopatu Magdeburgensi, Numburgensi, Halberstadiensi) observatur. CARPZOV. *d. loc. Const.* 18. *d.* 1. *&* 2. *f.* 3. RICHT. *d. membr.* 1. *n.* 9. *& seqq.*

XVII. OMNIBUS fratribus, utrinque defuncto conjunctis, mortuis, existentibus vero horum filiis, hi succedunt, & non solum excludunt fratres ab uno latere conjunctos, scilicet propter duplicitatem vinculi, sed etiam patruos defuncti. *Nov.* 118. *c.* 3. *in f.* non quidem jure repræsentationis, quippe quod nec jure civili ultra fratrum filios, concurrentes cum fratribus defuncti, locum habet; sed jure quodam singulari & proprio, quod scilicet filii fratrum sint quasi loco liberorum defuncti, indeque excludunt patruum, qui est loco parentis: quæ tamen ipsa ratio itidem non ad ulteriores gradus extendenda. Succedunt itaque fratrum filii soli, i. e. non concurrentibus fratribus extantibus, in capita, non in stirpes *R. A. zu Speyer de Anno* 1529. §. *it. als bisher.* 31. Quanquam enim sint impares numero, pares tamen sunt sanguinis vinculo: & cum pari gradu patruo sint juncti, pari quoque jure succedunt eidem: & iniquissimum esset, si pari gradu conjunctæ, sed multiplicatæ soboli, æqualis successionis commodum adimeretur, data illis prærogativa, qui non gradu conjunctiores, sed numero essent pauciores. Diversa autem est ratio, cum fratrum filii cum patruis vocantur ad patrui successionem: nam cum gradu a patruis separentur, & mediante paternæ repræsentationis beneficio ad successionem patrui admittantur, merito non plus consequuntur, quam habiturus fuisset pater, cujus innixi personæ una cum patruis admittuntur. FRID. SCHENCK. LIBER BARO A TAUTENBURG *in lib.* 1. *feud. tit.* 8. §. 1.

tas vinculi ultra fratres eorumque liberos ad reliquos collaterales non extenditur. Quare hic semper regula servanda, quod proximior excludat remotiorem, ipsaque successio in infinitum procedat, cum § *fin. J. de success. cognat.* ab usu recesserit.

*a*) ET e contrario omnes collaterales, qui sunt in pari gradu, simul admittuntur, ut sic dubium non sit, quin fratrum germanorum liberi, cum fratribus unilateralibus concurrentes, æqualiter succedant CONST. ELECT XVIII. *P.* III. quamvis Saxones præterea regulam servent: *Die halbe Geburt tritt einen Grad weiter*, eoque ipso fratres germani fratres unilaterales excludant *d.* CONSTIT. ELECT. XVIII.

*b*) SED rationem dubitandi, de ipsa veritate, quod iste Recessus Imperii in Saxonia exulet, non video, siquidem certo certius est, Georgium, Ducem Saxoniæ juris domestici observantiam, interposita protestatione, contra legem Imperii conservasse, quod ne ipse quidem Recessus Imperii silet. Ut mirum sit, CARPZOVIUM *P.* III. *Const.* XVIII. *def.* II. *n.* 10. de re indubitata dubitasse. add. BERLICH. *P.* III. *Concl.* XXIV. *n.* 17. COLER. *Decis.* LXXXIV. *n.* 9.

XVIII. At jure Saxonico communi etiam hoc casu cum filiis fratrum succedunt patrui, avunculi, & similes personæ ad paritatem graduum, RICHTER. *d. sect.* 3. *m.* 1. *n.* 71. peculiari tamen constitutione Electorali Saxonica jus civile receptum est, *p.* 3. *c.* 18.

XIX. Post fratrum germanorum filios veniunt jure civili, istis non extantibus, fratres consanguinei & uterini, eorumque filii, & quidem, uti communiter juxta jus civile volunt, ita, ut in bonis [c], quæ a patre provenerunt, soli consanguinei: in bonis a matre profectis, soli uterini; in bonis aliunde quæsitis a defuncto, æqualiter succedant. *l.* 13. *§.* 2. *C. de legit. hered.* add. CARPZ. *p.* 3. *c.* 14. *d.* 3.

XX. Jure Saxonico frater ab uno latere conjunctus gradu est remotior, quam qui ab utroque conjunctus. LAND R. *l.* 2. *art.* 10. *c. fin.* adeoque una cum fratrum filiis, utrinque junctis, succedit. RICHTER. *d. membr.* 1. *n.* 5. *&* 6. avunculis tamen etiam fratres, sororesve, ab uno latere conjuncti, præferuntur. RICHTER. *d. sect.* 3. *m.* 4. *n.* 20. Si soli extent uterini & consanguinei, differentia bonorum (*de qua aph. praced.*) non attenditur CARPZ. *d. p.* 3. *C.* 14. *d.* 4.

XXI. Postmodum veniunt reliqui collaterales, tam ab uno, quam ab utroque latere juncti, sine ulla differentia bonorum, hoc perpetuo axiomate tam jure civili, quam Saxonico, non attento jure repræsentationis, succedentes. Qui proximiores sunt gradu, remotiores excludunt, & qui pares sunt gradu, pariter etiam admittuntur; & quidem ultra decimum gradum, in infinitum, *arg. d. Nov.* 118. *c.* 3. itidem tamen secundum jus Saxonicum observata duplicitate vinculi. RICHT. *de succ. s.* 3. *m.* 4. *n.* 7.

XXII. Illud adhuc notandum, quod si persona aliqua duplici ratione defuncto conjuncta sit, veluti consobrinus & consanguineus simul, vel neptis tam ex avunculo magno, quam ex amita magna, duas hereditatis partes accipiat. RICHT. *d. sect.* 3. *m.* 4. *num.* 26.

XXIII. Haec ita obtinent in collateralibus, per nuptias junctis: idem jus est [d] in legitimatis per subsequens matrimonium. Similiter per adoptionem agnati succedunt aliis agnatis: *vid. l.* 7. §. 2. *ff. de bon. damn.* cognatio vero (*in specie ita dicta*) per adoptionem non oritur, adeoque nec successio. *l.* 23. *ff. de adoption.*

XXIV. Illegitimorum vero collateralium successio hæc est, ut fratres naturales & spurii ex diversis matribus, licet ex eodem patre geniti, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem junctis, succedere possint. Ex eadem autem matre, licet diversis patribus progeniti, sibi invicem jure cognationis, itemque per matrem a latere conjunctis, & hi vicissim illis succedunt. *l.* 2. *ff. unde cogn.* § 4. *I. de*

c) Quem successionis ordinem in præsumta parentum voluntate collocare solent, cum eos voluisse probabile sit, bona a se profecta ad eos magis liberos, quos genuerunt, quam privignos, pervenire. Verum in Saxonia Electorali hæc bonorum diversitas non attenditur. CONST. ELECT. XIV. *P.* III.

d) Generatim de legitimatis (iis exceptis, qui per subsequens matrimonium legitimantur, quippe in quibus duplicitas vinculi adest) de perfecte adoptatis (nam minus plene adoptatis non succeditur, quis fundamentum successionis est patria potestas) & de illegitimis (quatenus ex damnato concubitu non sunt nati) notandum est, censeri eos unilateralium jure, ut sic, quæ in successione bilateralium & unilateralium reciproca obtinent, huc etiam applicari debeant.

*ſucceſ. cognat.* add. RICHTER. *d. ſect.* 3. *m.* 3. *num.* 8 niſi ex adulterino, inceſtuoſo, & damnato coitu nati ſint, qui omnis ſucceſſionis, tam paternæ, quam maternæ, incapaces ſunt, nec ullum jus cognationis inter ipſos, aut cum aliis, habent. *arg. Nov.* 74. *c. ult. Nov.* 89. *c. ult.*

XXV. CAETERUM ex jure Saxonico itidem addendum, quod 1.) etiam inter agnatos, præcipue nobiles, maſculi præcipuas habeant res expeditorias [e]: & cum ſola agnatio attenditur, æque frater conſanguineus ac germanus iſtas percipit. RICHTER. *d. l. ſect.* 1. *m.* 1. *num.* 51. *ſeq.* 2.) fœminæ cognatæ proximæ, etiam plebejæ, ex defunctæ cognatæ hereditate geradam præcipuam habent [f], & itidem cum eis concurrit uterina & germana. RICHTER. *d. loc. num.* 55. Differentia tamen eſt inter res, loco geradæ ad uxorem pertinentes, & has, quæ pertinent ad cognatas. CARPZOV. *d. p.* 2. *C.* 14. *d.* 22. *ſeq.* Et maritus quoque aliquas res retinet [g] hoc caſu. IDEM *def.* 49. *&* 50. Denique adjiciendum, quod, ſi cognatæ fœminæ non extent, iis locis, ubi alias viget gerada, hæc ei deferatur, qui merum imperium ibi habet, ubi defuncta habitavit. CARPZOV. *d. loc. def.* 66. Quibusdam vero locis, etiam in Saxonia, gerada plane non eſt in uſu: vid. RICHTER. *d. l. num.* 61. & retorqueri ſolent diverſa diverſis locis circa res expeditorias, & geradam obtinentia jura; qua de re legas TRACT. NOSTR. *de vind. priv. & jur. retorſ. C. XI. aph.* 23. 25 33. *&* 34. adde CARPZOV. *p.* 3. *c.* 38. *d.* 1. *ſqq.*

XXVI. PRAETEREA ſingularibus & noviſſimis conſtitutionibus cum illis, qui ex dictis tribus ſuccedunt ordinibus, admittuntur quoque conjuges [h], quando nimirum 1.) matrimonium fuerit ſine dote aut donatione propter nuptias; & 2.) conjux

*e*) UNDE regula naſcitur generalis, juri, res expeditorias occupandi, fiſco in ſubſidium competenti, prius locum non eſſe, quam maſculus agnatus deficiat.

*f*) QUAE ſigillatim vocatur, *die Nifftelgerade*, a qua *die volle Gerade*, quæ uxori, & filiis debetur, quam maxime differt. Quid ad utramque referatur, ut dixi, expoſuit BEYER. *Jur. German. Lib.* II. *cap.* XV. § XXIII. *ſeqq.* Conferri etiam meretur Reſponſum Facultatis Juridicæ Vittberg. quod extat apud WERNHER. *P. V. obſ.* CCXXXVI. *&* *Supplem. Vol.* VII *p.* 647. Quodſi vero cognata geradam ſibi vindicat, marito defunctæ uxoris debet inde *ein gemacht Bette mit Vorhängen, einen Tiſch mit einem Tiſchtuche, eine Banck mit einem Pfüble, einen Stuhl mit einem Küſſen*, vid. *Introd. ad Jus Saxon. P.* III. *Sect.* I. *Ex.* IX. §. V.

*g*) IMO nonnunquam peculiari ſtatuto cognatas excludit. Sic Lipſiæ & Witteberge maritus geradam capit, & cognatis quasdam res inde ſolum debet BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XI.* Alia hujus generis ſtatuta citat BEYER. *Jur. Germ. Lib. II. cap. XV. §. XLVII.* Dresdæ quoque ſtatutum eſt, quod omnes filios civici ordinis, ſi filia deſit, capaces reddit ſucceſſionis geradicæ. IDEM *d. l.* §. *XLVIII.* add. WERNHER. *P. I. obſ. CXLIV.* Quo ipſo veritas iſta ſatis ſuperque comprobatur, in definienda ſucceſſione. geradica unice ad uſum & conſuetudinem eſſe reſpiciendum.

*h*) OLIM non admittebantur, niſi deficientibus cognatis, ex Edicto Prætoris unde vir & uxor, ejus vero beneficio integram capiebant hereditatem atque fiſcum excludebant *L. unic. D. unde vir & uxor.* modo agnoſcerent bonorum poſſeſſionem intra legitimum tempus, & matrimonium tempore mortis conjugis adhuc ſubſiſteret. Nam divortio facto, ſucceſſio quoque deficiebat. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ IV. cap I.* §. *VI. ſeqq.* In omnia alia ivit Jus novum, & conjuges, adhibito quodam temperamento, de quo Auctor, admiſit cum cognatis, conjugi tamen ſimul onus impoſuit, ut, quæ alias ipſi in teſtamento defuncti conjugis relicta eſſent emolumenta, in portionem ſuam imputaret NOVELL. *LIII. cap. VI.* NOVELL *CXVII cap. V.* Non tamen ideo ſucceſſio Prætoria videtur ſublata. Nam ſi conjux, deficientibus cognatis, ad ſucceſſionem adſpirat, merito alio remedio deficiente refugium in Edicto Prætoris quæret. WERNHER. *P. II. obſ. CCCCLXXXV.*

prædefunctus fuerit locuples, superstes autem laboret inopia [i]. *auth. præterea C. unde vir & uxor. Nov.* 117. *c.* 5. & quidem distinguendum est, an extent liberi, an non. Priori casu conjux, conjugi succedens, usumfructum tantum [k] in quadam portione consequitur, & quidem quartæ portionis omnium bonorum, si liberi fuerint tres vel pauciores; si vero plures, virilis portionis: posteriori casu in quartam partem succedit conjux, ejusdemque plenam acquirit proprietatem.

XXVII. JURE Saxonico post consummatum matrimonium, & conscensionem thalami [l] conjuges ita succedunt, ut maritus percipiat omnia mobilia [m] (*ut & immobilia, æstimato in dotem data*, CARPZOV. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 26.) uxoris defunctæ, excepta gerada, de qua superius. vid. RICHTER. *sect.* 4. *m* 2. Si tamen uxor plane non habeat immobilia bona, vel ea non sufficiant ad legitimam, ex mobilibus liberis debet salva esse legitima. RICHT. *d. l. num.* 32. & 33. Atque de his mobilibus uxor in præjudicium mariti testari non potest. CARPZOV. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 4. Quodsi uxor bona mobilia non relinquat, quarta pars bonorum obvenit marito [n]. RICTER. *d. l. num.* 57.

*i*) QUAENAM autem hic desideretur inopia, inter Doctores non convenit. Non absque ratione tamen putat LEYSER. *Spec. CCCCXXIV. med. I. seqq.* ad id respiciendum esse, utrum conjux se de suo honeste, hoc est, dignitati suæ & vitæ consuetudini convenienter, possit sustentare.

*k*) QUATENUS concurrit cum liberis, quos ex defuncto habet. Sin liberi communes non adsint, & conjux cum privignis concurrat, rationi NOVELL. *CXVII.* convenit, ut pleno jure succedat, add. LEYSER. *d. l. med. VIII. seqq.*

*l*) QUOD intellige de casu, quando cum cognatis concurrit. Sin deficientibus cognatis cum fisco, ad hujus exclusionem sufficit matrimonium consensu puro esse celebratum. Nam hoc in casu successio ex Jure Civili unice est æstimanda, quod conscensionis thalami necessitatem, quæ ex jure Germanico est, plane nescit WERNHER. *P. III. obs.* XXXIII.

*m*) SALVA tamen liberorum legitima CARPZOV. *P. III. Const. XXIII. def. XVIII.* Idem juris est, si cum parentibus concurrat. Quod tamen ad collaterales neutiquam est extendendum, cum iis ne jure Communi quidem legitima debeatur, nisi turpis vel infamis persona ipsis prælata sit. Interim tamen non collaterales solum, sed & reliqui heredes omnes ab intestato, maritum a successione illa legali excludent, si adulterium commiserit, modo tamen pars innocens conquesta sit de adulterio, dum in vivis erat. Morte ejus enim interveniente omnis actio, quia ad vindictam tendit, exspirat, add. WERNHER. *P. IV. obs. CCVIII.* Cæterum non incongrue quæritur, anne conjux ex statuto succedens pro herede haberi & onera hereditaria simul ferre debeat. Negant Vitembergenses apud WERNHER. *P. I. obs.* CCCXX. Affirmant Lipsienses teste EODEM *num.* 5. Mediam viam sectatur LEYSER. *Spec. CCCCXXV. med. I.* & conjugem, cui pars hereditatis quota ex statuto obvenit, oneribus hereditatis subjicit, eam vero, cui res singularis assignatur, pro legatario magis habet. Cui judicio & meam sententiam adscribo.

*n*) TRES de hoc argumento, an maritus in subsidium, si mobilia desint, quartam partem ex immobilibus uxoris bonis capiat, Doctorum sententias commemorat BERGER. in *Resolut. Lauterbachian. p. m.* 594. Prima est CARPZOVII qui *P. III Const. XXII. def. XXIV.* maritum plane repellit. Altera est BERLICHII, qui aliorum auctoritate stipatus in *P. III. Concl.* XXIX. *num.* 69. maritum inopem admittit, cui accedit WERNHER. *P. III. obs.* XXX. remque ob silentium legum patriarum ex jure Romano conficiendam putat. Tertia est RICHTERI & STRUVII, ex quibus ille in *tr. de Success. ab intest. Sect. IV. membr. II. n.* 57. hic vero in *Syntagm. Jur. Civil. Exerc.* XXXVIII. *th.* XL. maritum indistincte quartam habere debere salvam adstruit. Hancque sententiam & BERGERUS quoque sigillatim in *Diss. de legitima mariti Cap. III. th. VI. seqq.* defendit, nec silere possum, eandem ipsam JCtos Jenenses constanti adhuc usu servare, sæpiusque in hunc modum, me interprete, respondisse. Nec immerito. Jus enim Romanum in hac lite dirimenda parum utilitatis habebit,

XXVIII.

XXVIII. Viduae ignobili optio conceditur, & communi Saxonico & Electorali jure, utrum dotem seu bona illata repetere, an vero ista illata conferre ᵒ, atque ex junctis ita suis, ac defuncti mariti bonis, quartam partem, si quidem tres vel pauciores, vel nulli adsint liberi; sin plures, portionem virilem, seu eandem, quam singuli ex liberis, percipere velit. *d. l.* In Electoratu Saxonico vero extantibus liberis, quarta, alias autem tertia omnium bonorum assignatur viduæ, & etiam geradam conferre tenetur, Carpzov. *p.3. c.20. def.27.*

XXIX. Vidua nobilis præter geradam consequitur ex bonis defuncti mariti (1) sponsalitiam largitatem, (*die Morgengabe* ᵖ) (2) cibaria domestica, (*Musstheil* ᵠ) vid. Richter. *d. tr. sect.4. m.3. num.51.* & (3) dotalitium, in bonis feudalibus constitutum, vel constituendum, vid. Syntagm. Nostr. Feud. *c.14. aph.9. & seqq.* Quodsi autem vidua nobilis dotem promissam non inferat, adeoque dotalitium petere non possit, illa portione, quæ plebejis debetur, contenta erit ʳ. Richt. *d. l. num.67.* Est quo-

sed omnis conjugum reciproca successio ex communione bonorum inter conjuges apud nos est refidua, & certe nulla sufficiens ratio dari potest, cur non idem jus concedendum sit marito, uxoris heredi statutario, quod uxori in bonis mariti defuncti non denegamus. Uxorem vero portionem suam indistincte salvam habere debere, res tritissima est. Cæterum, quæ hereditati mobiliari imputentur, dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P.III. Sect. I. Ex. IX §. XII.*

o) Igitur Saxones uxorem, quæ in portione statutaria succedere cupit, oneri, propria etiam bona conferendi, subjiciunt. Sed jus Commune collationis onus, quod res uxoris proprias attinet, ignorat. Nam Novell. *LIII. cap. VI.* id solum jubet, ut conjux, quæ legati titulo accepit, ex testamento, in portionem legalem imputet. Quare, ubi lege vel statuto collationis onus non est injunctum, conjux portionem sine dubio absque tali onere accipit Ziegler *Diss. de success. conjug. statut.* § XXVI. *sqq. & quæst V.* Imposita vero conferendi necessitate maritus quoque, qui portionem sibi vindicat, conferre debebit, quæ sua sunt, quod ratio correlatorum præcipit Carpzov. *P. III Const.* XX. *def.* XXVII. Berger. *Resol. Lauterbach. p.m.* 584. Wernher. *P. VII. obs.* CX. In quem modum quoque JCti Jenenses pronunciare solent.

p) Duplex Saxonibus cognita est Morgengaba. Altera est sponsalitia largitas, vel potius pretium delibatæ virginitatis, quod Neomaritus uxori post primum concubitum exsolvere solet; Jus Provinc. Saxon. *Lib. I. art.* XX. & Weichbild. *art.* XXII. *ibique Glossatores.* add. Beyer. *Jur. German. Lib. II. cap.* XVI. §. XIV. Lanckischii *Diss. de Morgengaba Zittaviensi.* Verum hæc Morgengaba non est hujus loci, utut Auctor eam cum altera, de qua hic sermo est, confundere videatur. Hic Morgengaba complectitur omnis generis pecudes femellas, quæ viduæ nobili ex bonis defuncti sunt præcipuæ, vid. Carpzov. *P. III. Const.* XXXIII. *Def.* XX. add. Jus Prov. Saxon. *Lib.* I. *art.* XXIV. & quæ addidit Struv. *ad Anton. Matth. de Successión. pag.* 412.

q) Quod complectitur omnis generis esculenta, quæ tempore mortis mariti in ejus domo & cellis adsunt, & intra tricesimum post diem mortis non consumuntur Jus Provinc. Saxon. *Lib* I. *art.* XXIV. Const. Elect. XXXVI. *P.* III. Igitur sub iis non comprehenduntur, quæ tempore mortis nondum collecta erant, utut intra trigesimum nascantur. Sigillatim, quid ad cibaria referatur, exponit Beyer. *Jur. German. Lib.* II. *cap.* XVII. Hoc singulare est, quod vidua dimidiam solum cibariorum partem capiat, altera dimidia heredibus maneat. Quapropter nec integrum est viduæ, citra heredum consensum de his cibariis statuere. Constit. Elect. XXXV. *P.*III. add. *Introd. ad Jus Saxon. P.* III. *Sect.* I. *Ex.* IX. §. XIII. In definiendis vero iis, quæ ad comestibilia pertinent, eo respiciendum est, an usui domus & familiæ inserviant, vid. Carpzov. *P.* III. *Const.* XXXV. *def.* I. ut sic quoque ne præcise quidem requiratur, comestibilia in domo mariti esse reposita, sed & perinde sit, quando alio in loco asservantur Wernher. *P.* III. *obs.* CCXXI.

r) Non tamen ideo cessat jus petendi morgengabam & comestibilia, cum hæc omnia

que in ejus arbitrio, velitne dotalitium exigere, an vero dotem repetere. CONSTIT. ELECT. 42. *part.* 2. vid. nostrum allegatum SYNTAGM. FEUDAL. *c.* 14. *aphor.* 15. Addas de repetitione donorum nuptialium [s]. DECIS. ELECT. 51.

XXX. SUNT præterea etiam singularia statuta locorum, quibus dispositum, quomodo uxor marito, vel maritus uxori succedat, quæ præcipue attendenda: ut & primo omnium inspicienda & observanda pacta dotalia, si quæ confecta fuerint.

XXXI. NOTANDUM & hoc est, quodsi defunctus maritus nec liberos, nec cognatos relinquat, uxorem in tota hereditate succedere, & vice versa ad maritum defunctæ uxoris hereditatem pertinere, *t. t. D. & C. unde vir & uxor*.

XXXII. TANDEM si nec ulli agnati nec uxor superfit [t], hereditas vacans fisco [u] cedit [x], vel hodie Magistratui, merum imperium habenti *l.* 4. *C. de bon. vacant.* RICHTER. *d. l. sect.* 5.

ADD. *L. III. Tit. I. Inst. de heredit. que ab int. defer. & seqq. usque ad Tit.* 8.

## TITULUS XXXI. DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Bonorum possessionis, seu hereditatis prætoriæ introductio.* L. 37. ff. t. 1. de bon. poss. *Descriptio* II. *Divisio in edictalem, & decretalem.* III. *Illa hodie non facile usum habet* IV. *ast decretali opus est I. si vidua prægnantem se asserat:* L. 37. ff. t. 9. de ventre in poss. mittendo & curat. ejus. V. *dolose asserens sumtus restituere debet.* VI. *II. si impuberi status quæstio moveatur.* L. 37. ff. t. 10. de Carbon. edict.

I. JUS bonorum possessionis introductum est a Prætore, emendandi & supplendi, nec non aliquando confirmandi veteris juris civilis gratia [y]. *l.* 2.

satis ab invicem distincta sint, nec alterum ab altero dependeat, CARPZOV. *Lib.* VI. *Resp.* LVIII. *in fin.* WERNHER. *P.* VIII. *Observ* CCCCXVIII.

*s*) DE his sic tene, quod regulariter marito, ut heredi mobiliari, cedant, quousque qualitatem geradicam non habent, cum hoc in casu filiebus vel cognatis debeantur. Sin maritus uxore superstite moriatur, de donis nuptialibus, quæ supersunt, uxori dimidia debetur. Sunt tamen & hic attendenda statuta & consuetudines. Præterea etiam, conventione interveniente, donis nuptialibus qualitas rerum dotalium conciliari potest. add. *Introd. ad Jus Saxon. P.* I. *Ex.* IV. §. XXXII.

*t*) NEC etiam ex speciali juris dispositione quis in subsidium ad successionem vocetur. Sic fiscum excludit nonnunquam Collegium, cujus membrum defunctus fuit, *L. I. seqq. C de hered. decurion.* Ecclesia, quando parochus absque heredibus decedit *L.* XX. C. *de Episc. & Cleric.* Alia exempla vide in *L. un. C. si liberal. imper. soc.* NOVELL. CXV. *cap.* III. §. XII.

*u*) DE eo quidem, quod in Saxonia, & secundum alia provinciarum particularia jura, magistratibus, qui mero gaudent imperio, jus fisci, & per consequentiam jus occupandi hereditatem vacantem competat, nemo dubitat; quod in compensationem oneris, cum exercitio jurisdictionis criminalis conjuncti, concessum videtur. Verum nec hoc dubium est, quin ejusmodi magistratus in Saxonia hereditatem Jure retorsionis sibi vindicare possit. BERGERUS enim, qui in *Oec. Jur. p. m.* 474. Principi solum jus per retorsionem retinendi hereditatem tribuit, contra expressam legem in CONSTIT. ELECT. XXXVIII. *Part.* III. sententiam dicit, quamvis alias, ne quid dissimulemus, jus retorsionis ad jura subditorum neutiquam pertineat.

*x*) ET quidem cum onere subeundi obligationes hereditarias, cum hoc jus devolutionis titulum universalem constituat. STRYCK. *de success. ab intest. Disp. V. cap. I.* §. XLVII. add. THOMASII *Diss. de præcip. mod. acquir. fisco competent.*

*y*) PRAETORES itaque, qui id sibi commissum putabant, ut stricti juris duritiem

*ff. de bon. poss. pr. I. eod.* Bonorum itaque poſſeſſio eſt jus [a] perſequendi & retinendi patrimonii, ſive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit *l. 3. §. 2. ff. eod.* vel, eſt jus ſuccedendi in univerſum jus defuncti, a Prætore, eo nomine implorato, conceſſum.

II. DIVIDITUR bonorum poſſeſſio in edictalem & decretalem [b]. Illa ex edictali, hæc ex decreto Prætoris originem ducit.

æquitate temperarent, huic inſtituto id optime convenire exiſtimabant, ut, quam directo emendare vix poſſent legum civilium diſpoſitionem, callide tamen everterent, ſub prætextu æquitatis. Quem in finem eos fictionibus, exceptionibus & reſtitutionibus in integrum uſos eſſe, alibi diximus. Acceſſit his omnibus conſilium, novum negotio ad deſtruendum vigorem legum apto tribuendi nomen. Cumque Jus Civile partim ſucceſſionem ab inteſtato nimium quantum reſtringeret, teſtamentariam partim miris ſolennitatibus circumſcriberet, & ſæpiſſime teſtamentorum etiam jure factorum validitatem, ſuperveniente, vel in teſtatore vel in herede, juris impedimento, infirmatam, reſtituendi remedia ſileret, nec tamen prætor heredem, qui ipſo jure talis non erat, facere poſſet, bonorum poſſeſſionem magis illi, cui æquitas aſſiſtebat, tribuere, quam eum, qui ob ſtrictum jus hereditatem dimittere cogebatur, omni emolumento privare voluit. Hoc ipſo vero effecit, ut, conceſſa bonorum, a defuncto relictorum, poſſeſſione, poſſeſſor ipſe pro juſto interim poſſeſſore hereditatis haberetur, auctoritate Prætoris ſuffultus *L. XI. de acquir. vel omittend. poſſeſſ.* accedente vero deinde uſucapione, dominium omnium rerum, ipſumque jus verum hereditarium acquireret. MERILLIUS *ad Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ. §. III.* Quem itaque Prætor heredem ſe facere non poſſe ſimulabat, re ipſa heredem fecit. Atque in effectu inter bonorum poſſeſſionem & hereditarium jus nil intereſt, cum & heres & bonorum poſſeſſor deberet voluntatem ſuccedendi declarare, uterque perſonam defuncti ſuſtineret, & onera hereditaria ferret. Hoc ſolum ſingulare eſt, quod bonorum poſſeſſionem intra ſtatuta tempora petere deberet, qui eam agnoſceret, & Prætor prius nonnunquam cauſam ſummarie cognoſceret.

a) IGITUR non actualem rei detentionem, ſed jus poſſidendi denotat, ut quis eſſe poſſit bonorum poſſeſſor, etiamſi res hereditarias non poſſideret. Quo nomine diſtinguenda venit a poſſeſſione rerum. Hæc enim facti, illa juris, hæc actualis eſt, illa mentalis. Imo & bonorum poſſeſſio ſubtili ratione diſtinguenda venit a poſſeſſione bonorum. Illa enim hereditatem indicat beneficio Prætoris oblatam, hæc miſſionem in bona debitoris a Prætore factam involvit.

a) PLURES inter utramque ſpeciem Doctores cumulare ſolent differentias. Rem tamen omnem feliciter confici poſſe, exiſtimo, modo pro certo habeamus. Edictalem ex certa Prætoris Edicti parte ſtabili & perpetuo jure deferri ad imitationem ſucceſſionis legitimæ juris Civilis, eoque effectu, quo ipſa defertur hereditas civilis. Sic v. c. tam firmo jure emancipatus parentibus jure Prætorio, quam liberi ſui ex lege iisdem ſuccedunt. Decretalis vero præſupponit legitimum adeſſe contradictorem, contra quem Prætor ad ſucceſſionem vocatum, prævia cauſæ cognitione, tamdiu tuetur in poſſeſſione, donec legitimus contradictor jus ſuum deduxerit ad liquidum. Cæterum utraque eſt vel teſtamentaria, vel ab inteſtato. Illa vel datur ſecundum tabulas teſtamenti, & jus civile confirmat, vel conceditur contra tabulas, eſtque juris antiqui correctoria. Hæc proſpicit ab inteſtato ſucceſſuris, quibus impedimentum aliquod juris obeſt, ne capiant hereditatem. Porro utraque & edictalis & decretalis datur vel cum re vel ſine re. Illa locum habet, quando nemo contradicit, ipſiusque juris hereditarii bonorum poſſeſſorem ita participem reddit, ut ſine ullo obſtaculo jure fruatur ſuo. Hæc adhibetur, quando adeſt, qui hereditatem jure poſſideri poſſe negat, atque ideo poſſeſſionem ſolum, id eſt, jus ſine exercitio, eventualiter concedit. Verum nec hoc ſilentio prætereundum eſt, edictalem bonorum poſſeſſionem ſigillatim vel ordinariam eſſe vel extraordinariam. Illa Prætorem auctorem habet, hæc ex conſtitutionibus novis Imperatorum dependet, qui, ne leges antiquas directo mutare velle viderentur, bonorum magis poſſeſſionem, quam hereditatem, concedere volebant, eamque Prætor edicto poſtea confirmavit. Et ſic in effectu inter utramque nil intereſt. Occurrit exemplum extraordinariæ bonorum poſſeſſionis in *L. ult. C. de Curat. furioſ. in L. ult. C. unde liberi.* Pertinet huc etiam ſucceſſio, quæ ex ſingulari legis diſpoſitione Collegio Decurionum, naviculariorum, cohortalium militum, fabricenſium defertur.

cto praetorio de plano, sine causae cognitione, etiam non coram tribunali tribuitur: *l.* 2. §. 1. *ff. quis ordo in bon. poss.* nisi adsit contradictor, quo casu per accidens evenit, ut opus sit causae cognitione, *l.* 3. *ff.* 8. *ff. d. t.* Decretalis vero, praecedenti singulari causae cognitione, pro tribunali decernitur *all. l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in bon. poss. serv.* & *all. l.* 3. §. 8. *ff. de bon. poss.*

III. HODIE edictalis bonorum possessio non facile usu obtinet [b], extensa quippe per constitutionem Justiniani in Novellis successione ad omnes eos, quos Praetor vocavit. Enarrari vero solent casus, quibus etiam post jus Novellarum edictalis bonorum possessio necessaria esse videtur, quos legas in EXERCITAT. NOSTR. ad Pandect. XXXVIII. *th.* 43.

IV. DECRETALI bonorum possessione adhuc hodie aliquando opus est. Decernitur vero singulariter bonorum possessio 1.) si controvertatur, an defuncti vidua praegnans sit, nec ne: tunc enim praecedente causae cognitione [c], mulier ob ventrem,

*b*) ILLAE nempe bonorum possessiones, quae introductae sunt juris Civilis supplendi causa, quaeque ab intestato successuris, quos lex non vocabat v. c. liberis emancipatis, cognatis, prospiciebant, vel ideo cessant, quis istae personae jure proprio ex dispositione Novellarum succedunt. Et sic etiam non multum operabitur bonorum possessio contra tabulas, quae, emancipatis praeteritis, jus contra testamentum petendi bonorum possessionem dabat. Ex jure novo enim emancipatus testamentum, in quo praeteritus est, jure suo impugnat. Hoc tamen forsan utilitatem praestabit, quod filius institutus ex persona fratris praeteriti, qui in praeteritionem consentiit, possit impugnare testamentum, in quo coheres extraneus simul scriptus est *L.III.* §.*XI. L. ult. D. de bonor. possess. contr. tabul.* Usum etiam praestabit bonorum possessio juris Civilis confirmatoria, quamvis enim & liberi, & cognati, & agnati jam jure Civili vocentur, facilior tamen ipsis per remedium possessorium quorum bonorum hereditatem occupandi conceditur via. Usum habebit bonorum possessio, in eorum gratiam inventa, qui ab intestato quidem succedere possent, sed ob impedimentum juris excluduntur. Utilitatem praestabit bonorum possessio secundum tabulas, si jure stricto testamentum ob superveniens vitium in persona testatoris vel heredis, aliaque ratione irritum fit, tempore tamen mortis testatoris vitium illud iterum cessavit, v. c. si posthumus praeteritus ante patrem iterum moriatur. vid. STRYCK. *de success. ab intestat. Diss.IX. cap.IV.* ubi hunc aliosque casus plenissime illustrat. Nec usus adimendus est bonorum possessioni extraordinariae. Imo & ipsa illa bonorum possessio, quae Jus Civile supplet, omnibus iis in casibus locum habebit, de quibus ordinandis Jus Novum non congitavit, v. c. si conjuges, deficientibus cognatis, succedere volunt. Ut sic satis superque constet, hoc juris argumentum sicco pede non esse transeundum, iisque tuto fidem haberi non posse, qui, omnem bonorum possessionem post Novellarum Jus ab usu recessisse, sibi erronee persuadent.

*c*) IPSA haec decretalis bonorum possessio ob favorem nascituri, quem Romani in favorabilibus pro nato habebant, est introducta. Quam regulam cum & hodie servemus, dubium non est, quin & ipsa haec bonorum possessio sibi locum vindicet. Primario usum habere potest in causis, ubi de successione feudali agitur, ut & de successionibus in territorio. Quo major vero suspicio adest, posse viduam hoc beneficio abuti, eo majori praecautione & circumspectione leges existimarunt procedendum esse, ne vel vidua justo citius mittatur, vel partum supponat. Magistratus itaque cognoscit primo de ipsa veritate graviditatis, eoque nomine inspectio ventris prius praecedit, peragenda ab artis peritis, in quibus eligendis & eos audire fas est, quorum maxime interest *L.I.* §.*X de ventr. inspic.* Deinde etiam, ne vidua partum alienum subjiciat, istae quoque praecautiones adhibendae sunt, quas tempore partus observandas esse jubet *d. L.I* §.*X. Eod.* Nec dici potest, haec hodie locum non habere, cum certe, an vidua nobilis praegnans sit, successorum feudalium scire maximopere intersit. Ipsasque illas praecautiones, quae allegato loco occurrunt, & sana ratio & aequitas commendat. Vid. HAHN. *ad Wesenbec. tit. de ventr. inspic.* SCHILTER.

seu fœtum in utero, quem prætendit, interea mittitur in possessionem rerum hereditariarum, usque dum vel partus nascatur, vel abortum mulier fecerit [d], vel appareat, eam non esse prægnantem: daturque interim curator, qui mulieri propter fœtum ex bonis provideat. *l.* 1. *§.* 17. *& seqq. l.* 4. *ff. de vent. in poss. mitt.*

V. QUODSI sciverit mulier, se non esse prægnantem, & tamen se dixerit, & petierit se mitti, re comperta sumtus repetuntur. *l.* 1. §. *fin. ff. d. t.*

VI. PORRO 2) si liberis impuberibus de statu, vel legitima nativitate, & hereditate paterna, lis moveatur, tunc, præcedente causæ cognitione, & præstita cautione de restituendis bonis hereditariis, si adversus se judicatum fuerit, impubes mittitur in bonorum possessionem [e] perinde ac si lis mota non fuisset, dilata quæstione in tempus pubertatis [f]. *tot. tit. ff. & C. de Carb. edict.*

## TITULUS XXXII. DE DIVISIONE HEREDITATIS ET COLLATIONE BONORUM.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Quomodo hereditas delata & adita dividenda.* II. *Aliquondo per sortem lis dirimitur.* III. *Aliquando Magistratus opus est autoritate.* IV. *Aliquando collatione opus est.* L. 37. ff. 1. 6. de collatione. V. *Conferunt vero & filii & nepotes.* VI. *Collatio in successione tam testamentaria, quam legitima obtinet.* VII. *Si liberi sint juncti extraneis: illi inter se, sed non his conferunt.* VIII. *Regulariter omnia a parentibus profecta sunt conferenda;* L. 37. ff t. 7. de dotis collat. *non tamen impensæ nuptiales.* IX N:n *conferuntur* 1. *bona castrensia* 2. *quasi castrensia inde nec sumtus studiorum regulariter.* X. 3. *Donatum filio.* XI. *Præterea non conferuntur bona aliunde, & post mortem patris obvenientia.* XII. *Locum habet collatio inter solos descendentes.*

*Exerc. XXXVI. th CXXV.* BEYER. *ad tit. D. de ventr. inspiciend.*

*d*) QUO in casu res quidem possessæ restituendæ sont proximis heredibus: Quia tamen mulieri hic nihil imputari potest, ad alimenta, quæ per hoc tempus bona fide percepit, restituenda non obligatos, *L. III. D. de ventr. in possess. mittend. L. V. § III. D. de Carbon. Edict.* Quod secus est, si appareat postea, eam non esse prægnantem. Siquidem tum non exmittitur solum, sed & omnes interim perceptos fructus cum sumtibus restituit, *L. I. §. IV. sqq. si mul. ventr. nomin.* ipsaque actio contra vidham famosa est. *L. XV. & XVI. D. de his, qui notant. infam.* Imo & integrum est iis, quorum interest, eo nomine cautionem a vidua exigere *L. I. pr. Si ventr. nomin. mulier. in poss.* Quodsi tamen bona fide mulier se crediderit prægnantem, idque ipsum per juramentum asserere possit, *nemlich, dass sie nicht anders gewust und geglaubet, als dass sie schwanger sey, mithin solche Schwangerschafft nicht gefährlicher Weise vorgegeben habe*, ista non solum actio cesset, sed mulier ne alimenta quidem restituit *L. I. §. VII. D. si mulier. ventr. nomin.*

*e*) ET quidem ex Edicto Carboniano. Quod tamen præsupponit, pupillum probabiliter saltem & præsumtive probare posse, se esse legitimum STRYCK. *de success. ab intest. Diss. IX. cap. VII. §. XVI.* Facile vero hanc missionem obtinebit, si, justas nuptias patrem cum matre celebrasse, demonstrare queat, eum exinde præsumtio pro legitima nativitate oriatur. Sic vero quæstio status, ut altioris indaginis, in petitorio pertractanda est, ad annos pubertatis ideo differendo, quia impubes filius legitimam in judicio standi personam non habet. Imo ipso petitorio instituto, pupillus, præsumtione, quam allegavimus, munitus, partes rei sustinebit, onere probandi illegitimam nativitatem in adversarium translato *L. VI. §. VI. de Carbonian. Edict.*

*f*) QUOD tamen fieri solum debet, si causa admodum dubia sit. Sin probationes pupillo in promtu sint, quibus, calumniose sibi status quæstionem moveri, demonstrare possit, quæstio status, cujus discussio, in longius tempus dilata, illi noxia foret, statim est dirimenda *L. III. §. V. de Carb. Edict.*

I. HEREDITATIS divisionem cum suscipiunt heredes, imprimis considerandum est, quæ partes in testamento fuerint assignatæ, & hæ servandæ veniunt. Nullo autem testamento existente, heredes in partes æquales, aliquando tamen in stirpes, uti supra monitum, succedunt.

II. SI inter coheredes circa divisionem convenerit, res clara est; at si inter ipsos non conveniat, æquales partes constituuntur [g], & sorte dirimitur, quænam res huic, quænam alteri obvenire debeant: quod si vero nec in constituendis partibus conveniant, Magistratus cognitioni res committitur, qui vel ipse, vel per commissarios divisionem instituit. Jure Saxonico solet major portiones designare, minor vero eligere & optare [h].

III. SI res aliqua in hereditate sit, quæ commode divisionem non recipiat [i],

g) ET sic etiam, si ex inæquali divisione quis læsus sit, hæc læsio erit reparanda, etiamsi per sortem contigerit STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. III. cap. IV.* §. *XVI.* Sed juvat divisionem, judiciali auctoritate peractam, ab extrajudiciali distinguere. In illo casu cessat restitutio ob læsionem *L. XXXVI. de Famil. hercisc.* CARPZOV. *P. II. Const XXIV. def.* IV. In hoc læsio etiam minima reparatur, si in rebus ipsis dividendis contigerit. Sin in æstimatione rerum, læsio ultra dimidium adesse debet. Rem perspicue loquitur BÖHMER. *Jur. Digest. ad tit. famil. ercisc.* Non tamen ideo divisio rescinditur, sed corrigitur solum *L.* III. *C. Commun. utriusque judic. L. XXXV. de minorib.*

h) QUOD jus optandi vocant *das Kühr-Recht*. Sat antiquum hoc jus est, & in Jure Canonico *cap.* I. *X. de paroch.* fundatum. Imo jam Patres olim hunc commendarunt dividendi modum, vid. AMBROSIUM *L.* I. *de Abrahamo cap.* III. AUGUSTINUM *de Civitate Dei Lib.* XVI. *cap.* XX Non tamen facile hoc optandi jus universale in Germania dixeris cum GAILIO *L.* II. *Obs.* CXVI. *n.* 17. & WERNHERO *in observ. Pract. verbo Theilungs-Kühre*. Plura enim Germaniæ loca citat LEYSER. *Spec. CXV. med.* VI. quæ jus optionis ignorant. Consuetudine itaque innititur, quod probat BEYER. *in Diss. Major dividit, minor eligit.* Quæ ab eo, qui jus optionis prætendit, probanda est. Nec dubium oritur, quin pater nihilosecius hoc jus prohibere possit. BEYER. *d. l. cap.* IV. §. II. & *Jur. German. Lib.* II. *cap.* XIII. Quod Saxoniam attinet, ibi hoc jus omnino viget, & publica lege approbatum est. Non tamen ita obtinet, ut majores eo usi sunt. Nam licet ex JUR. PROV. SAXON. *Lib.* III. *art.* XXIX. juncto SPECUL. SUEVIC. *cap.* CCLXVI. & JUR. WEICHBILD. *art.* XXVI. satis appareat, nihil interesse, sive duo, sive tres, aut plures, adsint coheredes ab intestato (in successionibus enim testamentariis locum non habet, WERNHER. *P.* IX. *obs.* CCXXXIX.) Elector tamen Saxo in CONSTIT. ELECT. *XV. P. III.* id ipsum jus sub his conditionibus solum admittit, ut I) locum habeat, si duo coheredes ab intestato adsint, II) jus transmissionis ad heredes cesset, III) concurrente masculo cum fœmina, hæc indistincte cum Curatore dividat, masculus eligat. add. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect.* I. *Exerc.* IX. §. XXII.

i) GENERATIM notandum, in hereditate occurrere posse. I) Res, quæ in hereditate quidem reperiuntur, sed ad hereditatem non pertinent. Hæ non dividendæ, sed domino suo restituendæ sunt. II) Res, quæ per se jam & ipso jure divisæ sunt, & sic divisione non indigent, quorsum spectant nomina *L.* II. §. *V. L. IV. pr. D. & L.* VI. *C. famil. ercisc.* Cum tamen & solutio & exactio partium sua habeat incommoda, judex etiam officium suum interponere, & credita atque debita singulis pro solido adjudicare potest. Ut autem, cui nomina activa sunt assignata, partim suo, partim coheredum nomine, ut cessionarius, agere debet, ita creditoribus, quando alter coheredum nomina passiva in se recepit, hoc non est damno, cum pactis debitorum jus creditoris non possit imminui. Recte igitur, quousque novatio non intervenit, contra omnes coheredes agunt pro rata STRYCK. *Caus. Contr. Sect. III. cap. IV. n. V.* III) Res, quæ divisionem non recipiunt, quorsum pertinent jura individua. Accrescunt tamen, si prædio cohæreant, illi, qui per divisionem prædii dominus fit. Pertinent huc etiam instrumenta. Hæc enim custodienda accipit superior præ inferiore, senior præ juniore, mas præ fœmina. Sin omnes co-

hanc is, cui fortis judicio, aut consensu cæterorum, vel optione obvenerit, pretio cæteris pro cujusque portione soluto, retinet. Quodsi nemini heredum rem istam acceptare commodum fuerit, venditur, & pretium inter heredes dividitur. Denique si heredes pro indiviso res hereditatis communiter possidere malint, imputatur cuique, si quid ex hereditate percepit, ut id in divisione aliquando conferatur.

IV. Caeterum cum sæpius accidat, unum vel alterum ex liberis, vivis adhuc parentibus, ex bonis paternis aliquid accipere, post mortem parentum is, qui aliquid accepit, id conferre vel admittere debet, ut sibi tantum in hereditatis divisione detrahatur [k] *tot. tit. ff. & C. de collat. bon. & de dot. collat.*

heredes æquales sunt, vel communi suffragio, vel sorte, eligendus est, qui custodiat. Franzkius *ad tit. famil. bercisc. n. 22.* add. Leyser. *Spec. CXVI. med. IX sqq.* Optimum tamen erit consilium, ut in loco judicii deponantur Mevius *P. V. Decis CCCXXX.* add. *L. IV. § III. L. V. D. famil. bercisc.* IV) Res, quæ dividi non debent, ob legem prohibitivam, quorsum pertinent venena, libri magici, & similia, quæ non dividenda, sed corrumpenda esse habetur in *L. IV. §. I. famil. bercisc.* Verum hic, credo, primario respiciendum esse, anne metus adsit, ne ad malum finem adhibeantur. V) Res, quæ naturaliter quidem individuæ sunt, & sine detrimento atque imminutione æstimationis in partes dispesci nequeunt, civiliter tamen divisionem recipiunt. Et in his, nisi communes magis conservare, fructusque inde provenientes distribuare inter se velint coheredes, notanda est regula, quod vel, taxatione prævia, uni ex coheredibus, ex communi reliquorum suffragio, adjudicandæ, vel, si dissentiant in pretio, plus licitanti attribuendæ, *L. I. C. Commun. utriusque judicii*, vel, si uterque coheres licitans idem pretium offerat, sorte adhibita, in unum transferendæ, *L. II. pr. C. quand. & quib. quart. pars L. V. D. famil. bercisc.* vel denique, si res exitum nulla ratione haberi possit, a judice in unius personam conferendæ sint. *L. LV. D. Famil. bercifcund.* ita quidem, ut ubique reliquis coheredibus pretium pro rata persolvatur. Multum tamen interest, utrum licitatio ex heredum consensu, an iis dissentientibus, adhibeatur. Ibi enim solemnia, quæ in subhastationibus communiter requiruntur, tam accurate non observantur, Philippi *de subhastation. cap. III. comm. I. n. 17.* nec extraneus facile admittitur. Hic vero omnia legitime fiant, necesse est. Cæterum, ubi res inter solos coheredes agitur, in adjudicandis rebus ratio habetur ejus, ad quem jam major pars alicujus rei pertinet Lauterbach. *Colleg. Theor. Pract. tit. commun. divid. §. XV.* Brunnemann. *ad L. XXXIV. §. II. C. de donat.* imo & præfertur ille, a cujus majoribus prædium est profectum *L. XXII. C. de administr. tutor. L. XXXV. de minor.* Sic & liberi in retinendis rebus hereditariis paternis potiores sunt, si divisio inter eos & viduam peragatur. Schilter. *Ex. XX. th. LXXXIII.* Brunnemann. *ad L. XVI. D. de reb. auctor. judic. n. 5.* Stryck. *de success. ab intest. Diss. IV. cap. III. §. XXXVIII.* Denique coheredes, qui coheredi rem hereditariam addicunt, æstimatione interveniente, reipsa venditionem celebrant *L. I. C. commun. utriusque judic. L. III. C. commun. divid.* Sic vero coheres coheredi ad evictionem præstandam obligatur. *L. XXV. § XXI. famil. ercisc. L. LXVI. §. ult. de evict.* Idque etiam fieri debet, quando pater bona sua inter liberos dividit. *L. LXXVII. §. VIII. de Legat. II.* Stryck. *Us. Mod. Digest. tit. famil. bercisc. §. IX.* Quodsi vero testator extraneis heredibus assignavit certam rem, cessat evictionis præstatio, vid. tamen § IV. *J. de Legat. L. X. C. Eod.*

k) Prima occasio heredes obligandi ad collationem, ab illis temporibus derivanda est, ubi Prætor emancipatos, qui olim pro extraneis plane heredibus habebantur, ad successionem in bonis paternis vocabat. Nam, cum ea inter liberos, qui in potestate manserant, & emancipatos, intercederet differentia, ut illi omnia patri, hi omnia sibi, acquirerent, æquum videbatur Prætori, ut emancipati, ad successionem admissi, & emolumenti, quod liberi sui per acquæstum paternæ hereditati attulerant, participes facti, ea etiam conferrent, quæ ipsi acquisivissent sibi solis. Atque ideo bona quoque adventitia emancipatorum collationis oneri suberant, *L. I. pr. D. de collat.* Huber. *Prælect. ad d. titul. §. II.* Ipsa ratio collationis desumebatur a naturali æquitate, quæ æqualitatem inter liberos suadebat. Quam-

V. NON filii tantum, ſed & nepotes, ſive inter ſe ſoli, ſive mixtim concurrant, conferre tenentur, *l.* 17. *l.* 19. *C. de collat.* non tantum quæ ipſi, ſed & quæ parentes eorum perceperunt: quia nepotes, cum avo ſuccedunt, ſemper veniunt repræſentantes perſonam paternam. add. MERLIN. *tr. de legitima L.* 2. *t.* 2. *q.* 13. Quod tamen reſtringendum eſt ad eos, qui & quatenus heredes parentum ſuorum fuerint: quid enim ſi paternam hereditatem repudiaverint [l], & ſoli avo ſucceſſerint? Sane iniquum foret, a nepotibus ex repudiata patris hereditate petere collationem eorum, quorum nihil ad eos pervenit. *arg. l.* 1. §. 23. *l.* 2. §. 2. *ff. de collat. bon.* add. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 35. *d.* 12. & 13. & *p.* 3. *C.* 11. *d.* 34. ubi hoc limitat in eo caſu, quando nepotes, repudiantes hereditatem paternam, cum patruis ſuccedunt. vid. ANTON. FABER. *ad C. L.* 2. *t.* 3. *d.* 17. *n.* 7. HEIG. *p.* 1. *q.* 24. *n.* 38. THESAUR. *decis.* 237. *n.* 15. VASQUIUS. *de ſucc. L.* 3. §. 30. *n.* 274. H. PISTOR. *p.* 1. *q.* 30. *n.* 7. Si enim nepotes cum patruis vel avunculis, aut materteris ſuccedant, adeoque non per ſe, ſed beneficio parentum primum locum teneant, collatio eorum, quæ parentes perceperunt, omnino fieri debet, nec, repudiando hereditatem paternam, collationis oneri ſe ſubtrahere queunt.

VI. NON ſolum ab inteſtato locum habet hæc collatio, ſed & ſi ex teſtamento ſuccedatur, *l.* 10. *ff.* & *l.* 17. *C. de collat.* niſi teſtator eam expreſſe remiſerit [m]. *l.* 1. &

vis vero poſt temporum intervalla adventitiorum collatio deſierit *L. XXI. C. de collat.* cum & ſui liberi ejusmodi bonorum proprietatem ſibi acquirerent, ſalvo ſolum patri uſufructu §. *I. J. per quas perſon.* ea vero ratione omnia bona, quæ liberis tam emancipatis, quam ſuis, propria eſſent, a collationis onere eximerentur; Ipſa tamen ratio collationis, ut æqualitas inter liberos conſervaretur, *L. XVII. C. de Collat.* effecit, ut generaliter onus conferendi ad omnia illa applicaretur bona, quæ liberi, vel ſui, vel emancipati, vivis parentibus, ex re parentum, acquiſiviſſent.

*l*) POSSE nepotes ex beneficio Prætoris paterna hereditate abſtinere, & ſolius avi hereditatem amplecti, dubio non ſubeſt, ob *L. ult. C. unde liber.* vid. COCCEJUM *De ſucceſſ. nepot. Sect. III.* §. *fin.* Inde vero facile infertur, nepotes avi hereditatem, non ex perſona patris, quippe quem non repræſentant, cum ex ejus perſona non ſuccedant, ſed jure proprio acquirere. Et ſic quoque apparet, eos ad conferenda ea, quæ pater eorum ab avo accepit, non eſſe obligatos, niſi quatenus ad ipſos jam aliquid pervenit, ex iis, quæ pater eorum conferre debebat, iique inde locupletiores facti ſunt. Erronea igitur eſt diſtinctio, in Praxi recepta, quod in caſu allegato nepotes patris conferenda conferre non debeant, quando reliqui coheredes etiam defuncti nepotis ſunt, oneri collationis vero eximere ſe non poſſint, quando cum defuncti liberis primi gradus ſuccedunt. Nam in utroque caſu non jure repræſentationis, ſed jure proprio, ſuccedunt, nec ideo onus collationis, perſonæ patris cohærens, ſubire debent. Sic vero, qui abſtinet paterna hereditate, nunquam ad collationem obſtringitur. STRYCK *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. XI. cap II.* § *XV.* Cæterum, quæ de hoc argumento WERNHERUM inter & BASTINELLERUM in utramque partem diſputata ſunt, vid. apud WERNHERUM *P. VI Obſ.* CCCCXCIX.

*m*) VERUM ex ipſis exemplis ſubjectis patet, hoc ſufficere, ut de remiſſione oneris conferendi ex patris voluntate conſtet. Non enim captanda eſt vox *expreſſim*, quæ in NOVELL. *XVIII. cap. VI.* occurrit, cum alias extra dubium poſitum ſit, in ultimis voluntatibus liquidas conjecturas ſibi vindicare locum, & præſumtam teſtatoris voluntatem reſpiciendam eſſe *L. XXIV. de reb. dub.* Imo, hanc ipſam in collationis argumento non ceſſare, non obſcure ex *L. XXXIX.* §. *I. Famil. ercisc* colligimus. add. BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Diſp XVII* §. *IV.* CARPZ. *P. III. Conſt. XI. def. XXIV.* MEVIUS *P. I. Deciſ. LXXXIV.* Interim tamen facile concedo, liquidas conjecturas adeſſe, & in dubio, remiſſionem factam non eſſe, præſumi debere. Ergo pater per hoc, quod uni liberorum collationem impoſuit, ceteris eandem remiſiſſe non videtur. Alios caſus vid. apud LEYSER. *Spec.* CCCCXIII.

*auth.*

*auth. seq. C. eod.* vel extraneus institutus sit, qui ab intestato non esset successurus *arg. l. 1. §. 5. ff. de collat. bon.* aut ultimæ voluntatis verba ita generaliter sint concepta, ut per se satis constet, eam esse remissam. *arg. l. 39. §. 1. ff. fam. herc.* add. FABER. *ad C. L. 6. t. 4. d. 4. num.* 28.

VII. SI diverso jure veniant i. e. si plures liberi cum extraneis heredibus succedant, nihilominus inter eos collationi est locus. *l. ult. C. comm. utr. jud.* quia conjunctio non potest necessitatem conferendi inter fratres adimere, extraneis vero non conferunt, nec extranei illis. *arg. l. 21. §. 1. C. de testam.*

VIII. HUIC collationi subjecta sunt omnia [n], quæ a parentibus, de quorum successione quæritur, sunt profecta, *l. 17. C. de collationib.* ut dotes, *tot. tit. ff. de dot. collat.* donationes propter nuptias, & aliæ res pretiosæ, quas liberi a parentibus nuptiarum tempore [o] acceperunt, uti sunt jocalia & festivæ vestes. *arg. l. 8. C. de jur. dot.* CARPZ. *p. 3. C. 11. d. 11. in f. & def. 22.* A quibus tamen festivitatum, aut convivalium nuptiarum sumptus, quos parentes fecerunt, exemti sunt, quod pro sua liberalitate a patre impensi, nec in rem filii erogati, nec eo ipsi filii patrimonium auctum dici possit. *arg. l. 1. §. 16. ff. de collat. l. 20. §. 6. ff. fam. herc.* CARPZ *dict. loc. d. 21. seqq.*

IX. NON conferenda veniunt [p] 1.) bona castrensia, *arg. l. 1. §. 15. ff. de collat. l. 4. ff. de castr. pec.* 2.) quasi castrensia *d. l. 1. §. 15. d. t.* Sicut autem sub castrensibus comprehenduntur res, quæ militatum abeunti filio datæ [q], v. gr. equi, arma *l. 1.*

*med. IV. seqq.* Plane, licet pater expresse collationem remiserit, id tamen legitimæ fraudi esse non debet BRUNNEMANN. *ad L. X. §. III, de Collat.* BERGER. *P. I. Resp. CCLXXXIX.*

n) EA quidam ratione, ut, ex quorundam opinione, si jura antiqua spectes, ipsa res accepta conferenda sit. Sed vereor, ne nimis liberaliter hoc afferant, cum textus, qui præcise collationem injungat, vix extet, magisque *L. I. §. XII. D. de collat.* regulam suppeditet, filium satis contulisse videri, si tantum in bonis paternis remittat, quantum alter ex collatione habere debet. Unde forte vero magis est simile, & olim æstimationem rei solum fuisse conferendam. Hodie certe ista necessitas rem ipsam conferendi cessat.

o) SIVE filia, sive filius, ea accipiat, eum & illa & hic inde fiat locupletior. Huc enim primario est respiciendum, ut quis onus collationis subeat. *L. I. §. XXIII. de collat.* add. *L. XVII. C. de postlimin. revers.* Quæ vero ornamenta & vestimenta, liberi, in sacris paternis adhuc constituti, acceperunt, alimentorum loco sunt, nec ideo collationi obnoxia *L. V. §. XII. de agnosc. & alend. lib. L. CCXXXIV. §. ult. de Verbor Signific.* add STRYCK *de success. ab intest. Diss. XI. cap IV. § X. & Diss. de jur. vestiar. cap. V. n. 43.* Ex eadem ratione, quod liberi locupletiores non fiant, sumtus convivii nuptialis non sunt conferendi, quippe qui præterea patri magis, quam filiæ aut genero, honori sunt CARPZ. *P. III. Const. XI. def. XXI* STRYCK. *d. tr. de success. ab intest. d. l. §. VIII.* Quodsi tamen locupletiores inde forsan fiant liberi, onus conferendi non cessabit. Casum exhibet LEYSER. *Spec. CCCCXIV. med. IV.* Imo ex eodem fundamento dona nuptialia conferenda esse, quæ a patre profecta sunt, dubitari nequit.

p) UT generatim ea solum conferenda sunt, quæ a patre vivo ex bonis patris in liberos sunt profecta, & ex quibus locupletiores facti sunt, ita e contrario, I) quæ mortis causa acquiruntur *L. XVI. C. de collation.* ut & prælegata *L. XXXIX. §. I. D. famil. herciscund. non conferuntur*, conferri non debent II) quæ ad liberos proprio jure spectant, quorsum & hodie pertinent bona adventitia *L. fin. C. de collat.* collationi non subsunt.

q) EST quidem peculium castrense & quasi castrense quam maxime favorabile, cum ejus intuitu filius pro patrefamilias habeatur, nec onus conferendi agnoscere debeat, etiamsi a patre ipso profectum sit. Sed enim vero hoc ipsum privilegium reliquis liberis non debet esse fraudi, quando legitimam minuit. Est enim legitimæ favor major omnino quam militiæ & studiorum,

*C. de castr. pec.* ita quoque sub quasi castrensibus continentur, quæ occasione artium liberalium, & functionum publicarum ad filium pervenerunt. Hinc non conferuntur sumtus in studia erogati [r], sive a patre sive a matre *l.* 50. *ff. fam. herc. l.* 11. *C. de negot. gest.* CARPZ. *d. C.* 11. *d.* 17. etiamsi pater impendia in rationes redegit. DECIS. ELECT. NOVISS. *Decis.* 50. RICHTER *ad auth. habita. p.* 3. *m.* 2. *p.* 77. *seq. & priv.* 6. *n.* 8. nisi 1. de contraria patris voluntate alio modo constet [s]. 2. filius habeat bona adventitia, e. gr. materna, eaque administret pater. BRUNNEM. *in tr. de collat. bon. c.* 4. *n.* 92. 3. si pro filio tantum fuerit erogatum, ut reliqui liberi non possint habere legitimam *d.* DECIS. ELECT. 50. 4. si sumtus male consumti *d. Decis.* 50.

X. PRAETEREA 3.) quod simpliciter donatum esse filio, non confertur, VINNIUS. *tr. de collat. c.* 15. *n.* 1. *seqq.* GUDELIN. *de jur. noviss. l.* 2. *n.* 19. CHRISTIN. *vol.* 1. *d.* 178. MATTH. DE AFFLICT. *dec. Neapol.* 247.

XI. DENIQUE constat, quod bona aliunde, quam ab ascendente, cui succe-

eum illa ex naturali ratione debeatur, nec ideo pater arbitrium suum ad ejus læsionem extendere possit STRYCK. *de success. ab intestat Diss. XI. cap. III.* § *XXII.* RICHTER. *ad authent. habita Disp. V. p.* 118. *n.* 5. Id, quod in Saxonia Electorali expressa lege est confirmatum per DECIS. *L.* Deinde, si pater filio ad dignitatem, vel militarem, vel civilem, vel Ecclesiasticam consequendam, aliquid de suo subministrat, quæ emolumentum habet annexum, filiumque locupletiorem reddit, hoc ipsum, quod a patre datum est ejus nomine, a collatione non eximitur *L.* XXX. §. II. *C. de inoffic. testam.* STRUV. *Syntagm. Jur. Civil. Exerc.* XXXVII. §. XXIX. Quod tamen ad ea subsidia non est extendendum, quæ ad nudam dignitatem obtinendam faciunt *L.* I. §. XVI. *de Collat.* *L.* XX. §. VI. *Famil. bercisc.* LEYSER. *Spec.* CCCCXI. *med. III sq.*

*r*) SUB quibus, & sumtus promotionis, & sumtus peregrinationis, recte comprehenduntur. Sigillatim posteriores sumtus collationis oneri haud subesse, ex *Leg. L. D famil. bercisc.* recte defendunt CARPZ. *P. III. Const.* XI. *def.* XVIII. *n.* 4. & 5. STRYCK. *de success. ab intestato Diss.* XI. *cap. III* §. XV. PHILIPPI *ad Decis. Elect. L. Obs. II. n.* 10. Imo & æs alienum, studiorum causa, vivo patre, conflatum, ex hereditate paterna solvendum est, quatenus modum non excedit STRUV. *Exerc.* XXXVII § XXX. ZOESIUS *ad tit. D. de Collat. n.* 16. Quod tamen neutiquam extendendum est ad sumtus, quos filius post mortem patris fecit, ut & illi ex communi massa sint exsolvendi, quod vult STRUVIUS *alleg. loc. th.* XXIX. Nam nunc res amplius non agitur inter patrem & filium, sed inter fratres & coheredes, qui sibi invicem ad sumtus studiorum subministrandos nulla ratione sunt obligati. Nec rem conficit argumentum, a societate universali desumtum, in qua fratres, qui paternam hereditatem communem habent, esse dicunt. Fingunt enim hanc societatem, & societatem rei universalis cum societate universali commiscent. *L.* XXXIX. §. III. *D. Famil. bercisc.* add. STRYCK, *de success. ab intest. Diss.* XI. *cap.* III. § XII. Interim cum ipsum fundamentum immunitatis ab onere conferendi sumtus studiorum, partim in præsumta parentum voluntate, partim in promotione utilitatis publicæ, nitatur, facile colligimus inde, altero ex his cessante collatione omnino locum esse.

*s*) PATER itaque generatim ea, quæ sua natura collationi exemta sunt, collationi tamen subjicere potest *L. I. C. de collation.* Id tamen voluisse patrem, neutiquam præsumitur. Quapropter, ut mentem expresse declaret, omnino requiritur. Et sic, quod protestatione efficit, non statim sola sumtuum consignatione efficere potest? FINCKELTHAUS *observ.* XI. *per tot.* Imo, si vel maxime protestatus sit, atque expresse collationem jusserit, non tamen ideo, ubi de sumtibus studiorum restituendis sermo est, filius conferre debet, quæ in victum & amictum impendit modice, & secundum conditionem, in qua pater vivit, cum certe his sumtibus opus fuisset, etiamsi filius domi mansisset, iidemque ipsi dubio procul ad alimenta pertineant, quæ pater filio denegare non potuisset, qui ipse non habebat, unde se aleret, add. BERGER. *Oec. Jur. Lib II. Tit. IV.* §. *LI. not.* 8. & STRYCK. *de success. ab intestat. Diss.* XI. *cap.* III. §. XVIII.

ditur, profecta, non sint conferenda, add. Brunn. *d. c.* 4. *n.* 576. sicut nec ea collationi subjecta sunt, quæ post mortem ejus, de cujus successione agitur, acquiruntur. *l.* 1. §. 19. *l. penult. ff. de collat.* hinc nec conferuntur legata & fideicommissa a patre relicta. *l.* 10. *l.* 16. *C. d. t.*

XII. Inter solos descendentes locum habet collatio, nec ad ascendentes, collaterales aut extraneos extenditur [t], quia cessat ratio æqualitatis, quæ censetur a parente servata in successione liberorum, nisi aliud dixerit: præterquam quod moribus Saxoniæ mater, licet persona extranea sit, marito suo cum propriis liberis succedens, uti superius expositum, dotem & reliqua sua bona conferre teneatur. Carpzov. *d. p.* 3. *C.* 11. *d.* 26.

Add. *L.* 3. *T.* 10. *I. de bonor. possessionibus & seqq.*

## Titulus XXXIII. De Hereditatis Petitione, Querela Inofficiosi, Et Actione Familiae Herciscundae.

### Summaria.

Aphor. I. *Hereditas delata & adita exigitur a detentore vel mediante querela inofficiosi: quæ describitur.* L. 5. ff. t. 2. de inoff. testam. II. *Cui detur;* III. *Contra quem;* IV. *Ad quid.* V. *Hereditatis petitionis simplicis descriptio,* L. 5. ff. t. 3. de hered. petit. VI. *Ejus fundamentum.* VII. *Cui detur,* L. 5. ff t. 4. si pars hered. pet. VIII. *Contra quem,* IX. *Ad quid.* X. *Impensas possessor retinet.* XI. *Distinguitur Hereditatis petitio in civilem,* L. 5. ff. t. 6. de fideicommiss. hered. pet. XII. *Et prætoriam.* L. 5. ff. t. 5. de possessor. her. pet. XIII. *Inter coheredes opus est, actione familiæ herciscundæ,* L. 10. ff. t. 2. fam. ercisc. XIV. *Ejus fundamentum.* XV. *Datur inter coheredes.* XVI. *Ad quid detur.*

I. Hereditatis petitio vel est specialis & qualificata, seu, ut alii tradunt, opus habet quodam remedio, quo via ipsi præparetur; vel est generalis. Illa specialis petitio hereditatis, vel remedium præparatorium [u], querela inofficio-

t) Res ipsa satis certa est, ascendentes & collaterales æque ac extraneos onus collationis subire non debere. Dubito vero, ed id ex ratione, quam Auctor cum aliis alleget, derivari commode possit, cum & probabile sit, in dubio liberos voluisse, ut parentes æqualiter succederent, & collaterales sese invicem etiam æquali effectu prosecutos esse. Quare forsan ad ipsam occasionem legis, quæ collationem jussit, recurrendum erit, ut ratio diversitatis dari possit. Ceterum legibus effici posse, ut & extranei onus collationis subeant, præter exemplum, ab Auctore adductum varia testentur statuta localia, quæ præsertim collationis onus conjugibus, qui cum liberis simul succedunt, imponere ideo non dubitant, quia naturæ communionis bonorum, quæ multis in locis adhuc viget, omnino convenit, ut conjux succedens propria conferat bona. Possunt tamen conjuges, si hanc collationem sibi damnosam sentiant fore, juri succedendi renunciare, atque illata repetere.

u) Quia scilicet testamentaria dispositio, in qua heres ab intestato rite exheredatus est, obstat, ne hereditatem recta vie obtineamus. Eaque propter querela prius inofficiosi testamenti utimur, ut impedimentum removeamus. In effectu itaque cum ipsa hereditatis petitione coincidit, cum eum habeat finem, ut judex, remoto prius impedimento, heredem nos declaret, & jus ideo hereditarium nostrum confirmet. Ut vero de ipsa hujus actionis indole plura addamus, ob ea, quæ *ad Tit.* XXI. hujus libri præoccupevimus, vix est necesse.

ſi teſtamenti dicitur, quæ eſt actio, qua rite quidem, ſed inique exheredatus, præteritusve petit, ut teſtamentum, quo is eſt excluſus, reſcindatur, ipſe heres declaretur, ac proinde ſcriptus heres condemnetur ad hereditatem reſtituendam cum omni cauſa.

II. OPUS itaque habent hoc remedio liberi, parentes, & certo caſu fratres, inique exheredati aut præteriti. vid. *tit.* 21. *aphor.* 1. *& ſeqq.*

III. INSTITUITUR hæc querela contra quemlibet heredem teſtamento inſtitutum, aliumve, qui ex teſtamento hereditatem pro herede aut pro poſſeſſore tenet *l.* 1. *C. de inoff. teſtam.*

IV. INTENDITUR hac actione, ut teſtamentum tanquam inofficioſum reſcindatur, ac proinde, everſa ita ſola heredis inſtitutione, actor declaretur heres ab inteſtato. *l.* 8. §. 16. *ff. de inoffic. teſt. l.* 21. §. 2. *eod. juncta Nov.* 115. *c.* 3. *in fin. & c.* 4. *in fin.* Legata ergo & alia capitula ſubſiſtunt; quia hæc, teſtamento abſolute ſpectato, nullo laborant vitio, & quoad iſta nihil contra pietatis officium eſt commiſſum. CARPZ. *p.* 3. *C.* 3. *d.* 17.

V. GENERALIS ſeu ſimplex hereditatis petitio eſt actio univerſalis, ex acquiſito jure hereditario competens, qua heres adverſus eum, qui pro herede vel poſſeſſore poſſidet, contendit ſe heredem declarari, & hereditatem ſuam eſſe, & per conſequens res hereditarias, una cum præſtationibus perſonalibus, ſibi ab iſto reſtitui. *tot. tit. D. & C de pet. hered.*

VI. CAUSA itaque ſeu fundamentum hujus actionis eſt dominium hereditatis, ſeu jus hereditarium [x], *l.* 1. §. 1. *verb. ex ſuo jure. ff. ſi pars hered. pet.* adeoque eſt actio in rem [y] *l.* 25. §. 18. *ff. de her. pet. arg. l* 7. *C. eod.* Quoniam vero aliquando falſus heres ex geſto perſonaliter obligatur, ob haſce præſtationes perſonales mixta dicitur *d. l.* 25.

x) CUM vero nulla viventis ſit hereditas, facile patet, id eum, qui hac actione experiri cupit, primario agere debere, ut mortem ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, probet STRYCK. *de action. inveſtig. Sect.* II. *membr.* III. §. VII. Quæ quidem probatio, maxime, ubi de morte abſentis probanda ſermo eſt, plerumque multum difficultatis habet, niſi præſumtio pro morte abſentis capi poſſit. Quod fieri, quando, annum ætatis ſeptuageſimum a nativitatis tempore præteriiſſe, demonſtrari poteſt, CARPZOV. docet *P.* III. *Conſt.* XV. *def. LVII.* Equidem negare non poſſumus, &, deficiente illa præſumtione, adeo exactam de morte abſentis haud requiri probationem, ſed nonnunquam, ſi præſertim alia adminicula accedunt, unum teſtem ſufficere poſſe, quod ipſum argumentum late proſequitur LEYSER. *Spec.* XCV. Verum enim vero, plerumque plane ignoramus, ubi locorum abſens degerit. Quapropter melius ſibi proſpicere poſſunt, qui hereditatem abſentis expectant, quando judicem de adminiſtratione bonorum, ſub cautione, ſibi committenda, adeunt. Tum enim ſufficit, probare conſanguinitatem, & proximitatem gradus. Nec poterit judex hanc adminiſtrationem denegare illi, qui ad ejus ſuſceptionem legitime ſe offert. Qua de re jam plura diximus *ad tit.* XXVIII. *Lib.* I.

y) CUI triginta demum annis præſcribitur *L.* VII. *C. de hereditat. petit.* Non deſunt quidem, qui, liberos heredes non niſi lapſu nonaginta annorum excludi, autumant, ex quorum numero & ipſe Auctor noſter eminet, qui eundem errorem errat in *Synt. Jur. Civil. Exerc.* X. *th* LXXX. Sed, quod a bonorum poſſeſſione ex *L.* I. *pr. &* §. XI. *D. de Succeſſ. Edict.* deſumunt argumentum, omnino ſpurium eſt. Utut enim Prætor liberos ad poſſeſſionem bonorum vocet, primo ex Edicto unde liberi, deinde, ſi intra legitimum tempus eam non agnoverint, ex Edicto unde legitimi, demum iterata vice ex Edicto unde cognati, a bonorum tamen poſſeſſione ad hereditatem conſequendam fieri illationem, vel ideo tolerari nequit, quia ad illam adipiſcendam centum ſolum dies, ad hereditatem vero conſequendam triginta anni proponuntur, vid. late, & ex

§. 18. *ff. de pet. her. l.* 7. *C. eod.* unde etiam bona fides actionibus accensetur. §. 28. *I. de action. L.* 12. §. 3. *C. h. t.*

VII. DATUR hæc actio ei, cui competit jus hereditarium, ex testamento, vel ab intestato [c] per aditionem quæsitum. *l.* 1. 2. 3. *ff. de pet. her. l.* 9. *C. eod.* Non autem actio hæc tantum ei proposita, qui ex asse heres est, sed & ei, qui pro parte heres est, adeoque partem hereditatis petit [a]. *l.* 1. *pr. & tot. tit. ff. si pars her. pet.*

VIII. COMPETIT petitio hereditatis adversus eum, qui pro herede vel possessore possidet totam hereditatem [b], aut rem, jusve aliquod hereditarium. *l.* 9. *l.* 10. *ff. de pet. hered.* significat autem hic *pro herede possidere*, si quis titulum quidem heredis alleget, sed non sit verus heres, sive bona fide existimet quis se esse heredem, vel mala fide, v. g. sciens, testamentum esse nullum, se venditet falso pro herede. *Propos-*

instituto contra istum errorem differentem, LUDOVICI *in Diss. de præscriptione nonagenaria.*

c) ILLE itaque sese fundat in testamento, hic in propinquitate sanguinis. Ut vero utrque, si possessio ipsi a tertio erepta sit, eo primario respicere debet, anne ad interdictum quorum bonorum confugere possit, quo possessionem hereditatis adipiscatur, de quo infra videbimus, ita sigillatim heredi testamentario utile ad eum effectum erit remedium ex *L. final. C. de Edict. D. Hadrian. tollend.* vi cujus ex testamento, quod nullo visibili laborat vitio, possessionem hereditatis facili negotio nanciscitur. Cæterum, si jam de propinquitate sanguinis probanda sermo sit, non quidem operosa requiritur probatio, cum & indicia, & præsumtiones, testes de auditu, domestici, parentes, de credulitate deponentes, admittantur MASCARDUS *de probation. Vol.* I. *Concl.* CCCCIX. *n.* 2. FARINACIUS *de testib. Tit.* VII. *quæst.* LXIX. MEVIUS *ad Jus Lubec. P.* II. *Tit.* II. *art.* XXXII. *n.* 12. add. *c.* III. X. *qui matrimon. accus. can.* VIII. *caus.* XXXV *qu.* VI. ut tamen de gradu cognationis judici fides fiat, omnino necesse est.

a) QUAE actio ab hereditatis petitione in effectu sese non distinguit. Et sic sine dubio in eo etiam conveniunt, quod, sicuti in petitione totius hereditatis generale petitum de restituenda hereditate sufficit, ita etiam non sit necesse, ut pars hereditatis determinata in petito exprimatur. *L. I.* §. *V. D. Si pars heredit. petat.* Nam judex & partem hereditatis pro indiviso restitui jubere potest *L.* VII. *D. Eod.* add. PHILIPPI *ad Instit. Lib.* IV. *Eclog* LVI. *n.* 14. Recte tamen monet LEYSER *Spec.* XCIV. *med.* VIII. parte indeterminate expressa, dimidiam subintelligi non posse, quamvis forsan filius, qui, dum pater viduam prægnantem relinquit, portionis quantitatem in actione non exprimit, ægre ferre non debeat, quando judex ipsi quartam solum partem adjudicat, cum *L.* III. *D. si pars heredit. petat.* expresse jubeat, tres partes, cum tergemini nasci possent, salvas conservari. Non enim desunt, qui usum hujus legis hodiernum defendunt. Sed, ne quid dissimulem, jam alii viderunt, peculiarem tergeminorum favorem istam legis dispositionem produxisse, morisque fuisse Romæ, ut, ob bellum repræsentativum, a Tergeminis Horatiis cum Albanis feliciter confectum, cujus LIVIUS *L.* I. *Histor.* meminit, tergeminis non solum alimenta ex publico decernerentur, sed & Prætor, qui ventrem in possessionem mitteret, tergeminis, qui forte nascerentur, prospiceret. Quapropter usum istius legis, ratione cessante, magni faciendum esse, vix credo.

b) NON itaque datur hereditatis petitio contra eum, qui titulo singulari possidet. *L.* VII. *C. de heredit. petit.* sed rei magis vindicatione experiundum est *L. XXV.* §. *XVII. D. Eod.* Permittunt tamen leges, ut, qui incertus est actor, quo jure reus possideat, possit uti remedio quodam præparatorio, reumque ad titulum edendum cogere *L. XI. C. Eod.* Verum hodie non actori solum conceditur utriusque actionis cumulatio STRUV. *Exerc.* X. *th. LI.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. III.* §. *XVI.* Sed & præterea, cum hodie officium judicis non amplius ita sit mercenarium, ut præcise sententiam ad verba libelli componere debeat, nil certa obstabit, ne, errore commisso ab advocato, eam actionem institutam existimet, quæ actori maxime prodest, atque ideo libellum sustinet add. *L. LXVI. D. de judic. c. VI.* X. *Eod.*

*sessore possidere* est sine titulo seu causa possidere. *l.* 12. *l.* 13. *pr. l.* 16. §. 4. *ff. d. t.* Præterea sciendum, quod juris interpretatione pro possessore habeatur [c] 1.) qui dolo desiit possidere res hereditatis. *l.* 13. § 14. *l.* 25. §. 8. *ff. de pet. her. l.* 157. §. 1. *de R. I.* 2.) qui liti se obtulit quasi possideret. *l.* 13. §. 13. *l.* 45. *ff. de petit. hered.* 3.) qui vi dejectus fuerit. *d. l.* 16. §. 4. *ff. de pet. her.*

IX. PETITUR hac actione, ut quis heres declaretur, adeoque possessor condemnetur, ut res hereditarias [d] restituat cum omnibus accessionibus, fructibus & usuris.

ET quidem malæ fidei possessor non solum tenetur restituere omnia, quæ possidet aut lucratus est, *l.* 28. *ff. de pet. her.* sed & omnia, quæ quocunque modo possidere, aut exigere potuit, & omisit. *l.* 20. § 12. *l.* 25. §. 2. *ff. de pet. her.* ac quoslibet fructus, tum perceptos, tum percipiendos; nec non æstimationem rerum, quas possidere desiit, & fructuum, quos inde percipere potuit. *all. l* 20. §. 12. *d. t.* At bonæ fidei possessor restituit solum eas res, quas adhuc possidet, vel pretium, ex rebus bona fide venditis, redactum, & quantum alias factus est locupletior [e]. *l.* 25. §. 11. *l.* 40. §. 1. *ff. d. t. l.* 1. §. 1. *C. eod.*

*c*) FICTI hi dicuntur possessores, & ad æstimationem litis, sive ad id, quod interest, præstandum obligantur. Ut tamen in eo, qui liti se offert, requiritur, litem ab eo esse contestatam *L. XXV. D. de rei vindic.* Ita & liberatur ille, qui dolo desiit possidere, quando verus possessor judicium accipere vult, & petentis nihil interfit. Præterea variatio quidem petenti permittitur, illeque, relicta actione, contra fictum possessorem instituta, cum vero possessore agere potest, cessat tamen plane actio contra posteriorem, si prior litis æstimationem jam præstitit *L. XLVI. de Rei Vindic. L. I. C. Commun. utriusque judic.*

*d*) HAEC condemnatio ut cum effectu fieri possit, actor non probare solum debet, reum vel vere vel ficte possidere, quod tamen probatum intelligitur, si demonstret actor, reum hereditatem occupasse, sed & insuper fidem judici facere tenetur, reum possidere hereditatem, id est, res, quas defunctus possedit. Hac enim probatione deficiente, res hereditaria dici nequit *L X. §. IV. de heredit. petit.* Si igitur actor officio suo ubique satisfecerit, possessori restitutio secundum inventarium, vel juratam specificationem, quæ hodie plerumque vim inventarii habet, peragenda injungitur. Idque in libello petere sufficit, cum actio ipsa, ut universalis, petitum specificum non admittat.

*e*) REGULAS de onere restituendi fructus & accessiones, qua ratione in bonæ aut malæ fidei possessore locum habeat, jam ad *tit. de acquir. rer. domin.* indicavimus. Quid vero alterutri juris competat, quando impensas in rem restituendam fecit, ad *tit. de Rei Vindicat.* exposuimus, quibus adde, quæ de hoc argumento disseruit BERGER *Diss. de fructibus & expensis quoad bonæ & malæ fidei possessorem*. Hoc loco solum denuo monebimus, bonæ fidei possessorem haberi pro domino, omnisque illi licere, quæ domino permittuntur, quamdiu in bona fide est. Et sic ipsi non imputabitur, si quid dilapidavit, perdidit, donavit, alienavit, cum re sua abusus sit, & de re, tanquam dominus, disposuerit. *L. XXV. §. XI. D. de heredit. petit.* Nunquam igitur casum præstat, si ex rebus, ad hereditatem pertinentibus, aliquid periit. Ne quidem post litem contestatam, nisi culpa ejus accesserit. Quod enim alii defendunt, litis contestationem bonæ fidei possessorem constituere in mala fide, id universale non est. Nam non cogitur bonæ fidei possessor, ut jus suum temere indefensum relinquat *L. XL. D. Eod.* Quapropter leges etiam jubent, in bonæ fidei possessore, ad eum effectum, ut constet, an de rebus, quæ perierunt, respondere debeat, respiciendum esse ad tempus demum rei judicatæ *L. XXXVI. §. IV. D. Eod.* quo nondum existente, non est in mora. Quodsi vero post litem contestatam culpa ejus accesserit, omnino tenetur *L. XXXI. §. III. D. Eod.* cum e contrario malæ fidei possessor, qui sciens rem alienam invadit, vel sibi acquirit, semper & indistincte de casu teneatur, siquidem omni tempore ipsi mora imputari potest. *L. XX. §. ult. L. XXV. §. II. L. XL. D. Eod.* Quamvis enim alii hic malæ fidei possessorem & prædonem distinguendum esse putent, eo effectu, ut ille casum non præstet, bene tamen hic, in hoc ipso tamen argumento, ubi de hereditate sermo est, vix aliquam ista distinctio, quæ in aliis juris capitibus

X. Impensas tamen, quæ fructum quærendorum, conservandorumque gratia factæ sunt, tum bonæ tum malæ fidei possessor deducit *l.*36. §. *ult. l.*38. *ff. d. t.* præterea & alias impensas, in res hereditarias erogatas, necessarias ac utiles, tam bonæ quam malæ fidei possessor detrahit, *d. l.*38. *d. t.* hac tamen observata differentia, ut bonæ fidei quidem possessor impensas ex aliis rebus hereditariis deducat, licet res non extet, in quam fecit. *d. l.* 38. malæ fidei autem possessor non aliter, quam si res melior extet. *d. text.* porro voluptarias impensas malæ fidei possessor solum tollit, quantum salva ipsa re permanente fieri potest. *l.*39. §.1. *ff. de pet. hereditat.* at bonæ fidei possessor & illas deducit in hoc judicio universali. *d. l.* 39. §. 1.

XI. Distinguitur hereditatis petitio porro in civilem & prætoriam. Illa iterum alia est ex jure hereditario directo, & datur heredi directo instituto: alia ex fideicommisso, & dicitur fideicommissaria hereditatis petitio, quæ est, qua is, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, contra possidentem pro herede aut pro possessore, intendit hereditatem suam esse, ideoque sibi res hereditarias esse restituendas. *tot. tit. ff. de fideicomm. hered. pet.*

XII. Praetoria hereditatis petitio est, qua is, cui a Prætore bonorum possessio data est, contra eum, qui pro herede vel pro possessore possidet, intendit hereditatem suam esse, adeoque res hereditarias sibi esse restituendas, *tot. tit. ff. de poss. hered. pet.*

XIII. Restat familiæ herciscundæ [f] actio [g], qua coheredes, quibus hereditas est communis, inter se agunt de rebus hereditariis dividendis, commodis communicandis, damnis, dolo culpaque datis, resarciendis, ac impensis restituendis. *tot. tit. ff. fam. herc.*.

XIV. Fundamentum itaque hujus actionis est itidem dominium, seu jus hereditatis [h], & simul quasi contractus, hereditatis communio. §. 4. *I. de obl. qua quas.*

non est negligenda, utilitatem habebit. Titulus enim heredis, qui hic unus est, venire debet vel ex testamento, vel a lege. Qui neutro jure se heredem esse intelligit, absque titulo possidet. Sic autem hic non erit malæ fidei possessor, qui non simul est prædo, id est, possessor absque titulo add. Huberi *Prælect. ad D. tit. de hered. petit.* § XIII.

*f*) Est autem familiam ercisccre idem ac hereditatem dividere. Familia enim, ut ex Legibus XII. Tabularum discimus, olim significabat hereditatem. Ercifcere autem compouitur ex erctum, indivisum, & cio, divido.

*g*) Eaque cum duobus illis judiciis de finibus regundis, & communi dividundo, hoc singulare habet, quod I) sit judicium divisorium II) generale, quia petitum specificum ob variis præstationes generales & rationum redditionem non admittit, III) duplex. quia quilibet ex litigantibus actoris & rei vices sustinere potest. Cuilibet enim coheredi, etiam reliquis invitis, ad divisionem provocare licet *L.* XLIII. *D. famil. hercisc.* Qui tamen prior provocat, actoris vices sustinat, cum judicii ordo exigat, ut distinctæ sint partes actoris & rei. Quare, si duo forsan simul provocent, atque incertum sit, quis prior provocaverit, res forte dirimenda est. *L.* XIII. & XIV. *de judic.* IV) mixtum. Nam oritur partim ex jure in re, jure scilicet hereditario, ejusque nomine petitum eo dirigitur, ut res hereditariæ dividantur, partim ex jure ad rem, nimirum ex quasi contractu, cum coheres, qui hereditatem communem administrat, cum reliquis quasi contrahere, seque ad rationum redditionem obligare videatur, quo nomine actor etiam petit, ut commoda communicet, damna resarciat, de impensis quoque judicium accipiat.

*h*) Regulariter quidem judicium familiæ herciscundæ locum habet inter coheredes, qui se invicem ut heredes agnoscunt, *L.* XXXVI. *L.* LI. *D. famil. hercisc.* Quare non facile quæstio oriri poterit de ipso jure hereditario ejusque probatione. Quodsi vero ipsa qualitas heredis in dubium vocetur, tum judicium familiæ ercifcundæ sibi locum non vindicat, sed lis principaliter

*ex contr. nasc. l.22. §.4. ff. fam. herc.* atque inde inter mixtas actiones refertur. §. 20. *I. de action.*

XV. DATUR inter ipsos coheredes inter se, quorum unusquisque diverso respectu actoris & rei partes sustinet. *l. 2. §. 3. ff. d. t.* Habetur tamen pro actore is, qui prior provocat ad judicium: potest tamen unus, etiam invitis cæteris, divisionem petere [i] *l.43. ff. fam. her.*

XVI. VINDICATUR hac actione pars, ex communi hereditate ad nos pertinens, ut scilicet per divisionem rei, antea communis, certa portio cuique obveniat: *l. 1. pr. ff. d. t. l.8. C. eod.* Petuntur quoque præstationes personales, ad quas ex quasi contractu alter coheredum alteri obligatus est, *d. §. 4. I. de obl. quæ quasi ex contr. d. l. 22. §. 4. l.24. §.15. & seqq. ff. d. t.* nimirum alter alteri rationem debet reddere ob administratas forte res hereditarias, fructus & alia commoda communicare, nec non damna, si quæ intulit, resarcire. *d. text.* Vicissim vero alter alteri impensas factas restituere tenetur. *l.18. §.3. ff. fam. herc. l.18. C. eod.*

## TITULUS XXXIV. DE SUCCESSIONE EXTRAORDINARIA ANOMALA EX PACTIS, SEU SUCCESSIONE CONVENTIONALI.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Usu introducta est successio conventionalis.* II. *Est vero aliud pactum successorium acquisitivum:* III. *aliud conservativum;* IV. *aliud dispositivum;* V. *aliud renunciativum.*

I. QUAMVIS juxta jus commune civile non liceat pacisci de hereditate viventis absque ejus consensu [k]: usu tamen aliud introductum

de jure hereditario ipso est movenda, atque hereditatis petitio instituenda, nisi actor, qui ad divisionem provocare vult, simul partem hereditatis possideat. Nam tum quidem judicio familiæ herciscundæ utitur, sed simul in ipso hoc judicio probat, se esse coheredem *L. I. § I. Famil. hercisc.*

*i*) NEC de jure Romano, ut certum aliquod tempus a morte defuncti præterlabatur, expectare debet. Novem enim illi dies, quos NOVELL. *CXV. cap. V. §. I.* luctui dandos esse censuit, non in odium heredum, sed in odium creditorum, ne lugentibus molestiam inferant, introducti sunt. Quod de jure Germanico tamen secus esse credo, cum triginta illi dies, a morte defuncti computandi, quos ab omni strepitu immunes esse jubent leges patriæ, in lege prohibitiva magis nitantur, ut alibi demonstravi. Cæterum cum divisio hereditatis sit species alienationis, nemo certe, nisi, qui facultatem habet alienandi, ad divisionem provocare, nec, si provocet, alia ratione felicem sibi successum promittere poterit, quam si adhibeatur forma, alienationibus rerum suarum a lege præscripta. Quare minor tutoris auctoritate & magistratus decreto indiget. Si tamen ad divisionem rei communis provocent alii, quibus hæc facultas indistincte a lege concessa est, divisio ipsa, utut coheres sit minor, nullas desiderat solemnitates, & per se subsistit, *L. XVII. C. de prædiis & aliis reb. minor.* Indeque est, quod alienatio quoque fundi dotalis, quam maritus alias peragere non potest, subsistat, si fundus dotalis communis fuerit, & ex coheredibus aliquis ad divisionem provocaverit *L. LXXVIII §. IV. de jur. dot. L. I. pr. D. L. II. C. de fund. dotal.*

*k*) ROMAE igitur non simpliciter pacta successoria erant prohibita, sed tum solum, quando de hereditate ipsorum paciscentium sermo esset. Dispositiva igitur de hereditate tertii, & quidem incerti omnino tolerabantur. *L. III § II. D. pro soc.* ut & de hereditate certi, qui simul consentiret. Quo ipso tamen posteriori in casu facultas revocandi consensum non erat exclusa, ipsumque est

est [l]. Dividi vero solent hodie pacta successoria in pacta acquisitiva, conservativa, dispositiva, & renunciativa.

II. Pactum acquisitivum est conventio de ipsorummet paciscentium, vel alterutrius tantum, vel utriusque hereditate, sibi vel aliis acquirenda. Cothm. 3. *conf.* 44. *num* 37. Ejusmodi sunt I. Pacta conjugum de futura successione. vid. Exerc. *ad Pand.* 30. *th.* 19. II. Pactum unionis prolium. vid *lib.* 1. *tit.* 11. *aphor.* 6. III. Pactum confraternitatis (*Erbverbrüderung*) quod est conventio inter Principes & illustres personas [m], Imperatoris autoritate accedente, inita, ut, heredibus masculis unius fami-

pactum tum demum efficaciam nanciscebatur, quando tertius consentiens in voluntate illa usque ad mortem perseverabat *L. fin. C. de pact.* Ipsa vero ratio, cur Romani paciscendi de hereditatibus licentiam tam arctis limitibus circumscripserint, neutiquam inde est petenda, tanquam pacta, quibus testandi libertas adimeretur, moribus Romanorum fuissent contraria. Falsam enim esse hanc rationem, jam supra ad *tit. de donationibus* demonstravi. Unice igitur derivanda est prohibitio a voto captandæ mortis, & metu insidiarum, quæ ex istis pactis oriebantur contra vitam eorum, de quorum hereditate pacta essent inita. Eamque ipsam rationem clare loquitur *L. XXX. C. de pact.* Veram autem eam esse, inde satis patet, quod nulla unquam Respublica, præter Romanam, tot protulerit heredipetas, totque impias fraudes & improbitates, quibus uterentur illi, qui, se successuros, certo sciebant, ad promovendam spem suam. Harum itaque artium Romani probe gnari non pacta solum successoria damnabant, sed & ex eadem ratione ne facile quidem illi, qui proximam spem succedendi habebat, educationem pupilli committebant. Imo ne dubitabant quidem, quin patrem arrogatorem ideo a successione arrogati excluderent. add. Leyser. *Spec XLIII. med. I. seqq.* Artes vero varias heredipetarum detexit Idem *Spec. CCCLXXV.*

*l*) Imo potius Germanis fides antiquior testamentis fuit, Tacitus *de morib. German. cap. XX.* pactaque illi successoria frequentarunt prius, quam testamenti factio iis innotesceret. Hanc enim piis clericorum fraudibus sub prætextu, ut morituri per legata ad pias causas animæ prospicerent, (legata enim ista majoribus nomine *des Seelengeräthes* veniebant) fuisse promotam, rerum Germanicarum scriptores, patriique juris interpretes non silent, vid. Schilter *Exerc. XI. §. XXV.* Nec periculum unquam fuit, ut, qui spem succedendi tertio faceret, pacto interveniente, heredem ad delinquendum, votumque captandæ mortis, invitaret. Sed scelus hoc feliciter ignorarunt majores nostri. Quapropter ab antiquissimis temporibus pacta successoria frequentarunt, hujusque instituti post juris Romani receptionem ita fuerunt tenaces, ut nec hodie ejusmodi pacta ab usu recedere sinant. Quod tot exempla pactorum dotalium, unionum prolium, inter privatos testantur, ut veritatem, qui contrarium defenderet, non posset non negare. add. Stryck. *de success. ab intest. Diss. VIII. cap. I.* Struv. *Exerc XXXVIII §. XLVII.* Schilter. *Exerc. VIII. §. XL.* Berger *Oec. Jur. L. II. Tit. IV. §. XLVIII. not. I.* Illustres vero personas sibi & olim & hodie pactis successoriis prospexisse, experientia satis confirmat.

*m*) Sed cur non inter quoscunque, etiam inter privatos? Certe facultas, de futura successione paciscendi, nullibi est restricta Stryck. *de Cautel. Contr. Sect. III. cap. VI. §. XII.* Cur non sigillatim inter Nobiles imperii mediatos? quod ægre alias admittunt. Brunnemann. *ad L. IX. C. de Pact. num. XI.* cum tamen vel ipsa conjuncta manus, in feudis mediatis obvia, a pacto confraternitatis fere nomine tenus solum sese distinguat. add. Leyser. *Spec. XLIV. Coroll. I.* Cur porro nonnisi Imperatoris auctoritate accedente? Cum tamen, si super allodio ineantur, quod fieri posse, nemo negabit, nulla appareat ratio impetrandi consensus. Quare sic tene: Cuilibet, & privato, & illustri, de mutua successione, quousque jus tertii non intervertitur, pacisci licet. Interest vero, utrum de successione in bonis liberæ dispositioni subjectis, an de successione feudali, conveniant partes. Ibi necessitas consensum impetrandi non adest. Hic, si de feudo mediato sermo sit, dominus directus, si a de feudo Imperii, Imperator consentire debet. Et quamvis hunc Imperatoris consensum olim plus una vice neglexerint Status Imperii, est tamen, post Capitulationem *Josephinam & Carolinam*, quæ *art. VI.* ejusmodi pacta generatim confirmant,

liæ deficientis, in altera familia paciscente superstites masculi in bona & principatus extinctæ succedant [n]. vid. GAIL. 2. *O.* 127. NICOL. BETS. *de statut. pact. & consuet. illustr person.* REUSNER. *vol* 1. *cons.* 3. LIMN. *de I. publ. l.* 4. *cap.* 8. JOH. CASP. GUTTICH. *tr. de confraternit.* HAHN. *de jur. rer. concl.* 75. IV. Pactum ganerbinatus, (*Gan-Erbschafft*) quod est conventio, inter nobiles ac illustres familias certis legibus, superioris confirmatione accedente, inita, ut se, suasque facultates contra vim & hostiles incursiones defendant [o], & una extincta familia, ex reliqua superstites isti succedant; ERKLAER. DES LANDF. *zu Augspurg* de anno 1500, *tit. wider der Gan-Erben Schloss.* LANDF. ZU WORMS de anno 1521. *eod. tit. vid.* RITTERSHUS. *partit. feud.* 1 *c.* 18. WEHN. *Obs. pract. voc. Gan-Erben.* HAHN. *d. l. concl.* 76.

III. PACTUM conservativum est conventio de obstaculo, hereditatem jure communi debitam impediente, removendo, atque ita jure succedendi in pristino vigore conservando [p]. vid. MUSCUL. *de success. com. & anom. in* 1. *cl.* 1. *concl.* 3. *lit. O.* HEIG. 1.

nullum hodie dubium, quin, quæ ante hanc Imperii legem inita sint pacta, omnino valeant. Sed, quæ noviter ineuntur, non Imperatoris solum confirmatione indigent speciali, verum etiam Statuum Imperii reliquorum consensum efflagitant, postquam *art. XI.* CAPITUL. CAROL. semel statutum, ut feuda Imperii vacantia, nonnisi ex Statuum suffragio, denuo concederentur in feudum. Quod autem illimitata statibus de allodiis paciscendi competat facultas, ex iisdem legibus constat, add. *dd.* CAPITUL. *art. XXXVIII. &* XXXIX.

n) QUO ipso satis distinguuntur a societatibus vel unionibus hereditariis, *Erb-Vereinigungen,* quippe quæ mutuam solum defensionem loquuntur, absque spe succedendi, & a pactis Ganerbinatus, quæ finem & mutuæ defensionis & mutuæ successionis respiciunt. Non tamen ideo pacta confraternitatis semper reciprocum successionis pactum continent, ceu patet exemplo domus Brandenburgicæ & Megapolitanæ. Id vero invaluit, ut, cum jus quaesitum ex pacto habeant, qui successionem expectant, subditi unius domus alteri eventualiter homagium præstare debeant. add. STRYCK. *de Success. ab intest. Diss. VIII. per tot.* Imo præter homagium hoc eventuale BEYERUS *Jur. German. Lib. III. cap. XVIII. posit. ult.* & has cautelas, in confraternitatibus Principum adhibendas, commendat, ut I) bona omnia, confraternitati destinata, accurate designentur, II) ut subditorum consensus utrinque impetretur, III) ut facultas, bona conventa propria auctoritate occupandi, paciscentibus tribuatur, IV) ut vicini Principes potentiores sponsores & executores constituantur.

o) HAEC prima & impulsiva caussa pactorum Ganerbinatus fuit. Docet enim STRYCK *de succession. ab intestat. Diss. VIII.* & BEYER. *Diss. de violat. securitat. domestic* §. XIX. *&* XX. vigente adhuc prisca diffidationum & bellorum privatorum licentia, familias fœdera defensiva, cum spe successionis in castra & ditiones communes, celebrasse, quæ ab ipsa hac succedendi spe nomen mutuarentur, cum Ganerbe sit *allgemein Erbe*. Verum tamen post pacem publicam ratio horum pactorum primaria cessavit, & emolumentum solum successionis remansit. Cæterum hoc emolumentum non omnia Ganerbiorum bona afficit, sed ea solum, quibus Ganerbica qualitas superinducitur pacto. add. BEYERI *Jur. German. Lib. III. cap. XVII.*

p) NON itaque eo tendunt, ut novum jus acquiramus, sed ideo inventa sunt, ut ordinem successionis magis ad juris communis dispositionem & statum ordinarium revocemus. Unde prosunt vel contra successoris paciscentis delictum, vel contra statuti aut consuetudinis rigorem STRYCK. *de success. ab intest Diss.* VIII. *cap* I I. §. IX. *seqq.* STRUV. *Exerc.* X. *th.* XI. Cum his tamen non confundenda sunt pacta successoria restitutiva, quæ, quamvis & hunc finem possint habere adjunctum, ut ipsa bona conventa conserventur familiæ, & iis, qui & alias de jure communi in iisdem bonis succederent, primario tamen ad excludendas certas personas, quibus jure debebatur hereditas, faciunt, & possessorem obligant ad restitutionem hereditatis, illi faciendam, quem paciscentes primis præ aliis heredibus elegerunt. Pertinent huc sigillatim fideicommissa familiæ, quæ fœminas excludunt, bona majoratus,

q. 23. n. 15. DAUTH. *de Testament.* n. 105. HARTMAN. PISTOR. p. 4. *quæst.* 87. HAHN. *concl.* 78.

IV. PACTUM dispositivum est conventio, qua de hereditate tertii viventis dividenda agitur, vel alias de ea in casum, si alterutri paciscentium obvenerit, certo modo disponitur. Tertius iste vel incertus est vel certus. De illius hereditate pactio quodammodo jure civili quoque valida est, *l. 3. §. 2. ff. pro soc.* modo in fraudem legis nomen non supprimatur. HARTMAN. PISTOR. p. 4. q. 1. n. 4. Si de certi hereditate conventio ineatur, ille aut consentit; & jure civili etiam subsistit, modo in ea voluntate iste usque ad mortem perseveraverit. *l. f. C. de pact.* ubi add. DAUTH. *in d. l. f.* n. 119. HAHN. *d. l. concl.* 79. n. 12. *& seqq.* aut non consentit; & illa jure non valet: admittitur tamen pactum, quo filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus est, ut sibi remitterentur debita paterna. *l. 7. §. 18. verf. idem prob. ff. de pact. l. 47. ff. de O. & A.* add. HAHN *d. l. concl.* 79. *& seqq.*

V. PACTUM renunciativum est conventio, qua quis animum omittendi successionem futuram, seu quæ aliquando defertur, in gratiam alterius declarat. *c. quamvis 2. de pact. in 6.* Ita filia, accepta dote, quandoque renunciat hereditati paternæ *d. c.* Similiter & filius, accepta v. gr. donatione propter nuptias, vel certa quantitate, in favorem forte primogeniti, pro conservando familiæ splendore, hereditate reliqua aliquando se abdicat, GUTIEREZ. *in d. c. quamvis, verb. filia* n. 4. DAUTH. *ib.* n. 46. *& 59.* CARPZOV. p. 2. c. 35. d. 8. *& 9.* Initur hoc pactum vel cum eo, de cujus vivi hereditate, quæ aliquando obventura, agitur, v. c. filia cum patre. *d. c.* vel cum eo, qui futurus esset coheres, v. c. cum fratre, GUTIEREZ. *d. l.* CARPZ. p. 2. c. 35. d. 10. n. 2. *& seqq.* Renunciatur hereditati alicujus, quam alias lex ab intestato deferret. Non autem comprehenduntur I. bona ad hereditatem, cui renunciatum, non pertinentia [q]: ut feudalia; nisi feudum sit plane hereditarium. ROSENTH. c. 9. *concl.* 13. n. 8. 15. *& seqq.* KELLENBENZ. *tract. de renunciat. success. quæst.* 26. n. 14. nec non fideicommissaria. MUSCUL. *d. l. concl.* 7. n. 63. 64. *& seqq.* GAIL. 2. O. 98. KELLENB. *d. tr.* q. 30. HAHN. *d. tract. concl.* 84. n. 13. Hinc etiam filius filiaque non arcetur, si renunciaverit hereditati paternæ, a fratris hereditate, licet in hac non nisi bona patris, ante defuncti, reperiantur GAIL. 2. O. 148. n. 12. HARTMAN. PISTOR. p. 4. q. 6. n. 63. Porro II. non spectat ejusmodi renunciatio ad ea, quæ filio testamento pater, cum quo is de non succedendo convenit, reliquit [r], quia pactum & juramentum per testamen-

quæ seniori familiæ deferuntur, bona primogenituræ, quæ, exclusis secundogenitis, primogenitus sibi vindicat.

q) SED tamen pertinet renunciatio non ad ea solum bona, quæ tempore renunciationis aderant, sed etiam ad eam hereditatem, quam is, cujus successioni renunciatum fuit, postea acquisivit LEYSER. *Spec.* XLV. *med.* VI.

r) DISTINGUUNT igitur pacta renunciativa in ea, quæ ineuntur cum illo, de cujus hereditate futura quæritur v. c. cum patre vel matre, & ea, quæ cum illo ineuntur, qui futurus esset coheres. Hæc fratribus quidem & sororibus proficua credunt, non illa, quia patrem & matrem, juri ex renunciatione quæsito, iterum renunciare, & renunciantem nihilosecius in testamento haredem instituere posse, existimant. STRUV. *Exercit.* XXXVIII. *th.* L. Eamque remissionem tacite quoque fieri posse defendit WERNHER. *P. I. Obs.* CLXI. Imo eousque progrediuntur alii, ut & renunciationem, patri vel matri, in favorem tamen fratrum aut sororum, factam, a patre solo remitti, eumque, non obstante renunciatione, heredem instituere posse

tum superveniens remissam intelliguntur. MYNSING. 2. *O.* 7. *n.* 5. GAIL. 2. *O.* 148. *num.* 11. etsi expresse & successioni ex testamento, & ab intestato renunciatum sit. GUTIEREZ *in d. c. sum omnino numer.* 11. *& seqq.* TREUTLER. *Vol.* I. *diss.* 6. *th* 8. HAHN. *d. l. n.* 15. Caeterum renunciatur vel in universum hereditati vel certae parti: priori casu nihilominus legitima debetur [r], nisi illam, vel quod loco ejus est, v gr. dotem, acceperit; vel specialiter etiam legitimae renunciaverit, GAIL. *d.* 2. *O.* 147. *num.* 13. *&* 14. GUTIEREZ. *de jur. confirmat. l.* 1. *c.* 19. *n.* 3. OLDEND. 5. *Class* 3. *pr. num* 4. CARPZOV. *d. l. d.* 5. RICHTER *decis.* 69. *n.* 15. *& seqq.* Pactum de non succedendo subsequi debet ipsa renunciatio, MUSCUL. *d. l. concl.* 5 *n.* 234. KELLENB. *d. tr. q.* 7. *n.* 7. 8. *& seqq.* vid. RICHTER. *dec.* 69. *n.* 24. *& seqq.* & quidem jurata [s]. *d. c.* 2. *de*

renunciantem, autumant BRUNNEMANN. *ad L. fin. D. de suis & legit. hered.* MEVIUS *P. III. De is. CLXXI* add. STRYCK *de success. ab intest. Diss VIII. cap. X* §. *L.* Sed enim vereor, ne nimis inconsiderate juris Romani argumentum de pactis successoriis dispositivis huic opinioni admisceatur. Mihi ita videtur. Naturam pactorum, ex qua in Germania dubio procul pacta etiam renunciativa dijudicanda sunt, ad jura renunciata nemini concedere regressum, nisi tertio ex renunciatione jus aliquod quaesitum nondum enatum sit. Et sic certe, si renunciatio in gratiam eorum, vel iis ipsis, facta sit, qui futuri erant coheredes, non video, quo modo jus quaesitum ipsis possit interverti.

r) AUTOR itaque, & hic, & *Exercit. XXXVIII. thes. L.* cui etiam adstipulatur WERNHER. *P. VII. Obs. CVII.* in ea opinione est: Renunciationem successionis ab intestato, generatim factam, non prohibere, ne nihilosecius renuncians legitimam petat. Verum hic iterum juris Romani dispositionem confundunt com moribus patriis. Nam pacta renunciativa in legibus Romanis plane improbantur, & invalida declarantur *L. XVI de suis & legitim. hered.* Nec ideo mirum est, quando *L. XXXV.* §. *II. C. de inoffic. testament.* quam allegare solent dissentientes afferit, filium, in paterno testamento legitimae intuitu gravatum, sive agnoscat onus, sive expresse declaret, se nolle petere id, quod deest, nihilosecius petere posse legitimae supplementum. Verum pacta renunciativa moribus Germanicis, non antiquis solum, sed & hodiernis, sostinentur, SPECUL SAXON. *L. I art. XIII* Et sic non potest non valida esse renunciatio, etsi filia neque congruam dotem, neque legitimam habeat, STRYCK. *de success. ab intest. Diss. VIII. cap. X.* §. *XXIV. sqq.* MEVIUS *ad Jus Lubecens. P. II. Tit. I. Rubr. n.* 64. *&* 66. Quorum sententiae eo lubentius accedo, quo certius est, nullo jure patrem esse obligatum, ut praeter legitimam liberis aliquid relinquat. Cum igitur de reliquis bonis pro lubitu disponere possit, ne opus quidem esse videtur renunciatione liberorum. Si tamen fiat, ita sine dubio intelligenda est, ut effectum habeat. Hunc vero habebit, si de bonis, in quibus renuncianti jus successionis competebat, accipiatur, nec ad ea bona restringatur, quae adimi potuissent renuncianti, etiamsi abdicatio ejus non adfuisset.

s) QUOD quidem simplicitati majorum nostrorum non convenit, cum nullibi in legibus antiquis ista necessitas adhibendi juramenti praescripta sit, sed ex iisdem renunciatio, facta simpliciter, subsistat: Nec desunt, qui pacta renunciativa injurata valida praedicant SCHILTER. *Exerc. VIII. th. XL.* add. COLERUM *Decis. German. XXXVIII. P. I.* STRYCK. *de success. ab intestat. Disp. VIII. cap. X.* § *XXIII.* Postquam vero semel Jus Canonicum facilitati hominum prospexit, qui sa temere saepius induci patiuntor, ut lucro futuro renuncient, & praeterea intentioni Pontificis omnino convenit, ut indistincte juramentum accedat, quisquis ille sit, qui renunciat, nemo forte negabit, tutius omnino esse, ut juramentum, & ea quidem ratione, ut communi opinioni satisfaciamus, accedat, id est, actu corporali peragatur. vid. LEYSER. *Spec. XLV. med. II. sqq.* In Saxonia tamen Electorali masculi injurata renunciatio valet CONSTIT. ELECT. *XXXV. P. III.* imo & necessitatem jurandi, foeminis impositam, ad filiam solum renunciantem, restringendam esse, putat BERGERUS *Oecon. Jur. Lib. II. Tit. IV.* §. *XLVIII. not.* 5. Sed & idem statim addit, consilii utique esse, ut secundum jus Canonicum indistincte jusjurandum adhibeatur.

*pact.* in 5. Coler. *decis.* 38. Carpz. 2. *c.* 35. *d* 6. adeo ut assertionem *bey Fürstlichen, Gräflichen, Adelichen Ehren*, item *an Eydes statt*, non sufficere statuat. Kellenb. *d. tr. q.* 3. De jure Saxonico communi non requiritur juramentum Land-R. *art.* 13. *l.* 1. Carpzov. *d. l.* Richter. *d. decis.* 69. *n.* 7. *& seqq.* Non autem hujusmodi renunciatio vires habet, quando non defertur renunciati hereditas, quippe quem casum, deferendæ scilicet hereditatis, renunciatio respicit; unde liberi, non obstante matris, quæ ante patrem mortua, renunciatione, avo ex propria persona succedunt, etiamsi mater pro se, suisque heredibus renunciaverit [u]. Hartmann. Pistor *p.* 4 *q.* 7. Carpzov. *p.* 3. *c.* 35. *d.* 11. 12. *&* 13. Richter. *d. dec.* 69. *n.* 28. neque etiam excluditur renuncians amplius a successione, si illi, in quorum favorem & commodum renunciatio facta est, decesserint, vel alias cesset causa, ob quam renunciatum est. Sic, fratribus vivo patre mortuis, non obstante renunciatione succedit filia patri [x]. Gail. 2. *O.* 148. *n.* 10. Muscul. *d. l. concl.* 6. *lit. c. & seqq.* quod multo magis obtinet, si renuncians, v. gr. filia, sibi pacto successionem reservarit; *auff einen ledigen Anfall*, vid. Kellenbenz. *d. tract. q.* 18. *& seqq.* Hahn *d. l. num* 31. Cæterum ob enormem vel enormissimam læsionem rescindi non posse hujusmodi juratam renunciationem, præsertim si bona, v. c. paterna, postea fuerint aucta, dispositum est [y] Constit. Elect. *P.* 2. *c.* 35. add. Carpzov. *ib. d.* 4. Kellenb. *d. tr. quæst.* 42. *num.* 21. *& seq.* aliter sentit Gail. 2. *obs.* 147.

# Titulus XXXV. De Jure Pignoris.

## Summaria.

Aphor. I. *Secunda species juris in re, jus pignoris. Explicatio vocum.* II. *Pignoris ac hypothecæ descriptio.* L. 20. ff. t. 1. de pignor. & hypoth. & qual. ea contrah. & de pact. eor. III. *Pignoris constitutio varia.* IV. *I. per conventionem & traditionem.* V. *Aut per oppignorationem absque traditione.* VI. *Persona constituens; & cui constituitur.* VII. *Res, in quibus constituitur.* L. 20. ff. t. 3 quæ res pignor. vel hypot. datæ obl. non poss. VIII. *Oppignorantur vel omnia bona, vel res particulares.*

u) Mater enim renunciavit in eum eventum, si heres ab intestato sit futura. Quodsi igitur ante patrem moriatur, conditio illa tacita deficit, sub qua renunciatio facta, atque hæc, eum concidat, nec heredes amplius obligabit Carpzov. *P. III. Const. XXXV. def. XI.* Kellenbenz. *de renunciat. success. qu. XXXIII.* Inde cautelam commendat Stryck *Cautel. Contr. Sect. I. cap. V* §. *X.* ut casus ita exprimatur: *Solte ich auch gleich vor meinen Vater mit Tode abgehen; so sollen doch meine Kinder und Erben von der väterlichen Erbschafft ausgeschlossen seyn.* Hoc ipso enim futurum est, ut, nepotes, si matris heredes sint, ejus factum agnoscere, & avita hereditate abstinere debeant; Quamvis ipsis matris renunciatio non noceat, si ejus hereditatem repudient. Tunc enim, non ex persona matris, sed proprio jure, avo succedere, ejusque hereditatem petere possunt.

x) Quod intellige tamen de casu, quando frater decessit absque prole. Hac existente, renunciatio durat. Quisque enim regulariter non tantum suo, sed & heredum nomine, pacisci & contrahere censetur *L. XIII. C. de contrah. & committ. stipulat.* add. Wernher. *P. VIII. obs. CCCCXLVII.*

y) Nec absque ratione. Nam propter enormem læsionem illa solum negotia rescinduntur, quæ mutuas habent præstationes, in negotiis vero unilateralibus hæc ratio cessat. Et præterea læsionem postea urgere nequit, qui, dum paciscebatur, eam facile prævidere poterat. Accedit & hoc, quod filia, quæ ante renunciationem jam sibi ex bonis paternis emolumenta acquisivit, nihil restituere debeat, si post renunciationem hereditas paterna decrescat.

IX. *Si pignus in rebus immobilibus judicialiter confirmatur, validius est pignore extrajudiciali; quod tamen & ipsum suos habet effectus.* X. *Oppignorationibus adjicitur recte pactum antichreticum.* XI. *Prohibitum est pactum commissorium.* XII. *Constituitur pignus II. secundum juris singularem dispositionem, vel per judicem:* XIII. *Quo etiam pertinet arrestum;* XIV. *Vel per legem ipsam 1) ob favorem rei seu debiti.* L. 20. ff. t. 2. in quibus causs. pign. vel hypoth. tacit. contrah. XV. 2) *ob favorem personæ, scilicet creditoris.* XVI. *III. Ex præsumta voluntate.* XVII. *Ipsum jus constitutum consistit in genere in securitate crediti;* XVIII. *In specie inde venit jus persequendi pignus, remedio vel petitorio, vel possessoria.* XIX. *Actionis hujus possessoriæ tum Servianæ, tum quasi Servianæ, descriptio.* XX. *Tertius possessor hypothecæ non potest regulariter conveniri, nisi excusso debitore principali ac fidejussore.* Casus excepti. XXI. *Aliquando pacto conceditur licentia hypothecam occupandi.* XXII. *Act. Paulianæ descriptio.* L. 42. ff. t. 8. quæ in fraud. cred. facta sunt, ut rest. XXIII. *Jus retinendi pignus.* XXIV. *Jus distrahendi.* L. 20. ff. t. 5. de distract. pign. & hypothec. XXV. *Pignus quomodo solvatur.* L. 20. ff. t. 6. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.

I. HACTENUS dictum est de dominio tum rerum singularium, sive corporalium, sive incorporalium, ut servitutum; tum universali seu hereditatis, sive ea per testamentum, sive per legem, sive per pactum deferatur. Sequitur nunc jus pignoris, quod in genere sumtum comprehendit etiam hypothecam. *l. 1. ff. de pign. act.* in specie vero pignus ab hypotheca distinguitur [z] ita, ut pignus dicatur, quod rei traditione; hypotheca, quæ, re creditori non tradita, pacto nudo, vel etiam lege constituitur. *l. 9. §. 2. ff. de pign. action. l. 238. §. 2. de V. S.*

II. IN generali itaque significatione jus pignoris & hypotheca est jus, in bonis debitoris creditori legitime constitutum, in securitatem sui crediti [a]. *§. 7. I. de act. §. fin. I. quib. mod. re contrah. obligat.*

z) PRIMO differebant, quod pignus, contractu interveniente, qui actionem sui nominis produceret, constitueretur, hypotheca pacto nudo, ex quo actio non oriretur. Deinde, pignore constituto, possessio ejus ad creditorem transit, hypotheca penes debitorem manet, *L. IX. §. II. D. de pignorat. action.* nisi forsan adjecta sit clausula constituti possessorii, quæ id operatur, ut, re licet penes debitorem manente, vera tamen possessio in creditorem transferatur, ipseque debitor creditoris magis, quam suo nomine, possideat, atque ideo creditori remedia possessoria competant MEVIUS *P. V. Decis. CLIX. sq.* Verum, postquam Prætor ex hypotheca etiam actionem concessit, hodie inter hanc & pignus non alia quam nominalis, differentia remanet, quod & Veteres JCti fatentur in *L. V. §. I. de pignor.* Nam utrumque negotium jus reale tribuit, nec hoc demum a traditione, sed ab antiquitate temporis, vigorem mutuatur. Quapropter, hypotheca constituta in re quadam, quæ postea pignoris loco alii tradita est, illa nihilosecius præfertur *L. XII D. qui potior. in pignor.* Lubecenses tamen & Hamburgenses juris Germanici antiqui, quod pignus absque traditione ignorabat, dispositionem servant, eumque, cui pignus, quod in re mobili consistit, traditum est, nudo hypothecario, utut tempore priori, præferunt. vid. JUS LUBECENS. *P. III. Tit. IV. art. V.* STATUT. HAMBURG. *P. II. Tit. IV. art. II.*

a) EAQUE propter creditor, de jure Romano, neque fructus suos facit, si pignus aut hypothecam possideat, neque casum præstat, nisi culpa præcesserit *L. XXX. D. de pignor. action.* quia dominium in eum non transit. Alia tamen ratio juris Germanici antiqui fuit. COLER. *Lib. I. Decis. VII. n. 29.* Quamvis enim ex JUR. PROV. SAXON. *Lib. III. art. V.* ut & SUEV. *cap. CCLIV. § III.* non fuerit sententia, ut creditori facultatem, pignus perpetuo possidendi, & de eo libere disponendi, concederet, eumque, si pignus periret, ad ejus æstimationem præstandam obligaret, id tamen voluit, ut creditor fructus ex pignore suos faceret, a rationum redditione liber esset, atque, si pignus interiret, etiam absque creditoris culpa, jus pignoris amitteret. add. JUS PROV. SAX. *Lib. II. art. XXIV. & LX.* Verum huic dispositioni postea in Saxonia Electorali per CONSTIT. *XXVI. Part. II.* de-

III. PIGNUS constituitur vel per conventionem partium, debitoris nimirum & creditoris; vel, absque conventione, secundum juris dispositionem.

IV. PER conventionem iterum duplici modo [b] pignus & hypotheca constituitur, nimirum 1.) per contractum pignoris, si nimirum res ipsa tradatur creditori a debitore in securitatem crediti: quod licet sæpius in rebus mobilibus contingat, *all. l. 238. ff. de V. S.* tamen & aliquando res immobiles traduntur creditori. *l. 4. C. de pign. & hypoth.* vid *Lib. III. tit. 7.*

V. 2.) CONSTITUITUR pignus ita, ut debitor quidem rem oppignoratam retineat, sed per pactum hypothecæ solum creditori res oppignoretur in crediti securitatem, quod frequentius in rebus immobilibus fieri solet. *t. t. de pignor. & hypoth.*

VI. CONSTITUI potest pignus ab illis, qui domini sunt rerum, & liberam earum administrationem, & alienandi potestatem habent [c]. Constituitur creditori, qui scilicet creditum inire, & aliud dominium, seu jus in re acquirere potest. conf. *l. 24. ff. de pign. & hypoth*

VII. OPPIGNORARI regulariter possunt omnes res, quæ 1.) in bonis debitoris sunt, *l. 4. ff. quæ res pignor. vel hypoth. dat. obl. non poss.* & 2.) alienari possunt. *l 9. §. 1. ff. de pignor.* Potest & jus pignoris iterum loco hypothecæ alteri cedi absque judiciali insinuatione [d]. DECIS. ELECT. *noviss.* 40. Res vero alienæ non possunt oppignorari proprio nomine [e] *tot. tit. C si alien. res pign. dat.*

rogatum, atque Juris Romani dispositio approbata est. Quamvis juri antiquo in reliqua Saxonia usum tribuat CARPZ. *ad d. Const. def. III.* eo quidem effectu, ut, pecudibus pignoris loco traditis, de quibus sigillatim loquitur Jus antiquum, creditor cum fructus suos faciat, tum casum etiam sentiat.

*b*) PRAETEREA non expresse solum, sed etiam tacite, constituitur. Nam dum v. c. lex locatori in rebus inquilini pignus concedit *L. IV. D. L. ult. C. In quib. caus. pign.* non opus est, ut inter locatorem & conductorem expresse conveniat de jure pignoris, sed illatio bonorum in rem conductam sufficit. Imo generatim, ubi apparet, consensisse debitorem, ut res suæ in creditoris securitatem cedant, negotium subsistet HUBER. *Prælect. ad D. tit. de pignor. §. V.* Constituitur etiam pignus ultima voluntate v. c. legatario *L. XXVI. pr. de pignor. action.*

*c*) EST enim oppignoratio proxima via ad alienationem, & qui pignus constituit, consentit etiam tacite, ut creditor, si mora in solvendo & reluendo accedat, pignus distrahere possit *L. XII. C. de contrah. & committ. stipul.* Sic vero fieri non potest non, quin illi, cui alienatio prohibita est, prohibita quoque sit oppignoratio, ille vero, qui non, nisi adhibita certa forma, alienat, hanc etiam in oppignoratione observare debeat. Cumque hac ratione valida ubique & efficax ab alienatione ad oppignorationem fieri possit argumentatio, dubium non est, quin & illæ solum res, quæ alienari possunt, nexum pignoris recipiant, maxime cum nec alias finis oppignorationis locum habere, & creditor securus præstari possit. Quapropter etiam creditor, quotiescunque rescîscit, rem, quam oppignoratam tenet, debitoris non esse, actionem instituere poterit contra debitorem, ut aliam rem tradat *L. XXXII. de pignorat. action.* etiamsi debitor solvendo sit, cum plus cautionis in re sit, quam in persona *L. XXV. de Regul Jur.* Nec obstat *L. LIV. D. de fidejussor.* quæ creditori actionem solum ad interesse concedit. Creditoris enim maximopere interest, ut novum pignus consequatur, & jus reale conservet. Sic vero lex ista proficua magis creditori, quam noxia est, add. SCHILTER. *Exerc. XXVI. §. ult.*

*d*) Verum hoc postea mutatum in ORDIN. PROC RECOGN. *tit. XLVI. § II.* quippe quæ regulam format, omnes hypothecarum judicialium, sive in feudis, sive in allodiis, constitutæ sint, translationes & cessiones judicialiter peragendas esse. add. quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IV. §. V. & Exerc. VI. § X.*

VIII. OPPIGNORANTUR a debitore creditori vel omnia bona, vel quædam, hinc pignus aliud est generale, aliud speciale. Illud afficit omnia debitoris bona [f] allodialia, tam præsentia, quam futura, & post pignus constitutum quæsita. Speciale pignus est in certis rebus oppignoratis. *l. 15. §. 1. ff. de pign. & hypoth.*

IX. NOTANDUM hic est, quod jure Saxonico ut & moribus aliorum quorundam locorum, ad bonorum immobilium oppignorationem requiratur confirmatio judicis [g]. CONSTIT. ELECT. *p. 2. C. 23.* vid. *noviss. Dec. 31.* Quod tamen ita in-

*e*) NON itaque simpliciter pignus rei alienæ inutile est, sed non valet ad eum effectum, ut perfecte satisfiat obligationi per translationem juris realis, cum non dominus jus veri domini, qui rem suam vindicat, intervertere, & creditorem, ut rem alienam retineat, obligare nequeat. Cæterum pignoris constitutio in re aliena valet inter contrahentes, ut cum effectu de pignore, post exsolutum debitum restituendo, actio detur, eamque creditor, de dominio, tanquam de jure tertii, excipiens, elidere non possit. Et ita intelligendæ sunt *L IX. §. IV. de pignor. act. & L. V. C. si alien. res pignor. det.* quæ pignus in re aliena subsistere perhibent. Doctores vero, istis, quas allegavimus, rationibus, commoti, regulam formant generalem: Quotiescunque de personis contrahentibus tantum obligandis agitur, res aliena objectum potest esse contractus, per quem dominium non transfertur, salvo tamen semper jure domini veri supervenientis. Quoties vero de jure in re, cum effectu transferendo, quæritur, res aliena objectum contractus esse nequit. Sed & id addamus, necesse est, posse pignus in re aliena constitutum, omnino, ex parte etiam veri domini, effectum sortiri, si hic oppignorantis, non domini, heres fiat, quia, dum in jura defuncti succedit, ejus etiam facta præstare debeat *L. XXII. D de pignor. L V. C. si aliena res pign.* add. *L XLI. D. de pignor. action.* ibique GOTHOFREDUM *in Notis.*

*f*) Si ab iis discesseris, quæ ex præsumta debitoris voluntate excepta, & in subsidium solum, si alia bona desint, obligata videntur v. c. supellex necessaria, item quæ quotidiano usui inserviunt *L. VI. sqq. D de pignor.* ibique BRUNNEMANN. ut & ab iis, quæ ex speciali juris ratione oppignorari non possunt v. c. arma militum *L. XIV. §. I. D. de re militar.* instrumenta rustica de Jure Romano *L. VIII. & AUTH. agricultores C. quæ res pign. obligar.* (nam de jure hodierno & hæc & studiosorum libri, quos alii etiam excipiunt, sæpius oppignorantur add. STRUV. *Exerc. XXVI. th. XVI. in fin.* COLER. *de processß. Execut. P. II. cap. III. n. 148.*) regula, ab Auctore suppeditata, omnino vera, & præsumtio est contra debitorem, eum omnia bona oppignorare voluisse, licet non omnia sigillatim expresserit *L. IX. C quæ res pign. obligar.* Et sic hypotheca præsentia & futura bona afficit, etiamsi verba præsentis temporis sint adhibita LEYSER. *Spec.* CCXXIII. *med.* V. Imo idem juris est in hypotheca, qua corpus aliquod, seu universitas rerum, obligatur. Nam & has res, quæ postea universitati accedunt, pignori obligat. De taberna certe & grege res expedita est, cum clara extet *L XXXIV. D. de pignor.* Sed nec ratio adest, cur cum BRUNNEMANNO *ad d. Leg.* & BACCHOVIO *de pignor. Lib.* II. *cap. V. in fin.* legem hanc ad casus expressos solum restringamus, siquidem, universitate in genere oppignorata, semper adsit eadem universitas, licet aucta reperiatur. add. LEYSER. *d. Spec. med.* VI. An vero sub generali hypotheca nomina etiam comprehendere licet? Affirmant omnes, si generalia verba adhibuerunt contrahentes. Negant plures, si mentio solum bonorum mobilium & immobilium facta sit. STRYCK. *Caut. Contr. Sect.* II *cap* IV. §. XV. BRUNNEMANN. ad *L. I. D. de pignor. n. 5* ex ratione, quod nomina neque ad res mobiles, neque ad res immobiles proprie pertineant, sed proprium genus rerum constituant *L XV. §. II. D. de re judic.* ibique BRUNNEMANN. add. etiam WERNHER. *P. V. Observ* XXX. Sed enim vero notissimum est, de Jure Romano nomina analogice vel ad res mobiles, vel ad res immobiles, referri. Præterea, nec ipso jure Romano enarratio specierum præcedentem generalem locutionem restringit *L. XII. §. XLVI. de instr. vel instrum. leg.* Quare non dubitant Saxones, quin sub generali hypotheca nomina quoque comprehendant, vid. BERGER. *Oecon. Jur. Lib. II. Tit. V. §. IX. n I.*

*g*) GENERATIM ex re est, ut distinctionem inter pignus publicum & privatum, ejus-

telli-

telligendum est, ut judicialis hypotheca in concursu præferatur nudæ conventionali hypothecæ, etiamsi hæc sit tempore prior, & quod tertius possessor, qui bona fide, quam nescit esse oppignoratam, rem emit, non possit propter istam conventionalem hypothecam, destitutam confirmatione judiciali, conveniri. Carpz. *in d. C.* 23. alias vero etiam conventionalis hypotheca suos habet effectus, quod nimirum ipse oppignorans, ejusque heredes inde obligentur, ac pignus luere teneantur: præfertur etiam hæc nudis creditoribus chirographariis.

X. Solent oppignorationibus sæpius pacta adjici, quorum aliud est licitum, aliud illicitum. Illiusmodi est pactum antichreseos [b], quo inter debitorem & credito-

que usum, tam de jure Romano, quam de jure hodierno, exhauriemus. Privatum extrajudicialiter, publicum, vel judicialiter, vel de jure Communi coram tribus testibus masculis constituitur *L. XI. C. qui potior. in pign.* Judiciale iterum vel voluntarium est, vel necessarium. Necessarium contra contumaces debitores, qui vel judicium subterfugiunt, vel, quod extremum in jurisdictione est, denegant, decernitur, de quo infra videbimus *Aphor. XII.* Voluntarium vero, sive a judice confirmatum, sive coram tribus testibus constitutum sit, eundem producit effectum, & creditori jus reale tribuit, ea quidem efficacie, ut, quamvis idem jus priveto pignori non denegandum sit, publice tamen hypothece, sive prior, sive posterior, tempore sit, privatæ præferatur *L. XI. C. qui potior. in pignor.* Quod vero mores nostros attinet, qui ad oppignorationem magistratus consensum requirunt, pignus quidem privatum, in re mobili constitutum, jus reale tribuit, ex antiquitate temporis dijudicandum, eoque respectu etiam publico posteriori præfertur, in re immobili constituto, utut hoc generale fit, & bona etiam mobilia afficiat. Extrajudiciale vero, in re immobili constitutum, jus reale non producit, efficit tamen, ut creditores istiusmodi hypothecarii nudis chirographariis præferantur, & locum sibi inter personaliter privilegiatos primum vindicent Richter. *de Jur. & privileg. credit. cap. V. n.* 39. Schilter. *Exerc. XXXIII. §. XII. & XIII.* imo, si inter se concurrant, non promiscue, sed ex antiquitate temporis id, quod ipsis debetur, capient. Leyser. *Spec. CCXXX. med. II.* Idemque fine dubio dicendum de iis, qui hypothecam, tribus testibus munitam, acquisiverunt. Sic vero illi demum, quibus, consensu magistratus interveniente, pignus in re immobili concessum est, jure reali fruuntur, cum effectu, ut aliis personaliter privilegiatis, & chirographariis præferri possint. Quod in Saxonia Electorali novo jure ad omnes omnino hypotheces, in re immobili constituendas, extensum est, ea intentione, ut, si magistratus consensus desit, ne personali privilegio quidem utantur, etiamsi vel maxime testes, vel instrumenta publica, a Notario confecta, accesserint. Vid. quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IV. th. IV.* Quid, quod ne judiciales quidem hypothecæ effectum habeant, nisi competens magistratus ratione rei sitæ consensum interposuerit. *ibid.* Hunc tamen & alibi, ubi judicis auctoritas accedere debet, efflagitandum esse, ne pignus effectum amittat, inde facile colligimus, quia ratio impetrendi consensus ea plerumque est, ut judex causam prius cognoscat, & consensum interponendo id agat, ut securitatem actu creditor consequatur, fides vero publice interposita conservetur. Quod nemo efficere facile potest, nisi qui facultates debitoris compertas habet.

*b*) Mirus Doctorum de effectu pacti antichretici est dissensus, si jus creditoris percipiendi fructus, ejusque obligationem reddendi rationes respicias. Si res ex principiis juris Germanici, quod fieri omnino deberet, unica esset conficienda, subtilitatibus illis vix indigeremus, cum jam ab aliis juris patrii Interpretibus abunde evictum sit, pignus frugiferum, creditori traditum, sive id expresse inter partes actum esset, sive silnissent, cum jure percipiendi fructus irrevocabiliter, ad eum transiisse, nullamque creditorem obligationem recepisse de rationibus reddendis. Confer. Stryck. *Us. Modern. Digest. tit. de pignorat. action.* § *II.* Thomasium *Diss. de Us. Practic. Differ. inter emtionem cum pacto de retrovend. & contr. pignor. cap. III. §. V. seq.* Gundlingii *Dissert. de oppignorat. territor.* Jus vero Romanum, si spectemus, rem omnem eo redire puto, ut pro certo habeamus, creditori, etiamsi ipsi res esset tradita, nullum jus fru-

Oo

rem convenit, ut quamdiu creditori non satisfiat, creditori pignore uti liceat, & fructus suos facere in compensationem usurarum pecuniæ ipsi debitæ *l.* 1. §. 1. *ff. de pign. & hyp. l.* 33. *ff. de pign. action.* GAIL. 2. *O.* 3. modo debitori, quandocunque voluerit, pignus luere liberum maneat: quæ facultas illi adimi haud potest, etiamsi expresse ita convenerit, MOLIN. *de usur. q.* 55. *num.* 385. SANDE *decis. Fris. L.* 3. *t.* 12. *d.* 11. Sed quid si fructus legitimum usurarum modum excedunt, an adhuc pactum antichreticum subsistet? Distinguendum est: aut fructuum incertus est proventus, & nihilominus subsistit. *l.* 17. *C. de usur.* nisi nimium modus excedatur. CARPZ *p.* 2. *C* 30 *d* 41. aut fructuum certa est quantitas, & sorti imputandum est, quicquid legitimum usurarum modum superat. *arg. l.* 14. *C. de usur.* CARPZ. *d loc. def.* 40. SANDE *d. l. d.* 12.

XI. ILLICITUM est pactum, seu lex commissoria [i], quo convenit inter creditorem & debitorem, ut, si debitor suo die non solvat, res oppignorata creditori ce-

ctus percipiendi competiisse, eumque, si nihilosecius perciperet, obligatum fuisse, ut rationes redderet: Quod enim pignus ipsi in securitatem crediti tantum cedat, res est, nullis dubiis obnoxia. Quo igitur fructus jure perciperet, eosque & emolumenta in vicem usurarum consequeretur, pacto peculiari & expresso opus erat. Hoc ipso vero tacitam locationem conductionem contrahi, aperte loquitur *L. XIV. C. de Usur.* Et sic cognitu non est difficile, nullum jus debitori fuisse, de fructuum excessu conquerendi, & creditorem restitutione ejus, quod ultra legitimum usurarum modum perceperat, onerandi. Non enim, ut allegata lex loquitur, illicitum fœnus contractum, sed vilius conducta res videtur, add. *L. XVII. C. de Usur.* Quæ cum ita sint, primo patet, errare eos, qui, adhibita distinctione inter antichresin expressam & tacitam, doctrinam de obligatione restituendi excessum usurarum, conficere student, quod faciunt TABOR. *de altera tauto P. III. art. XII. th. VII.* LAUTERBACH. *Diss. de jur. antichret. th. LIII.* aliique plures, cum nulla jure Romano detur antichresis tacita, vid. late VINNIUM *Lib. II. Sel. quæst. jur. cap. VII.* Deinde errant, quando antichresi, expresse constituta, fructus certos ab incertis distinguunt, ibique creditorem ad rationum redditionem & excessus restitutionem damnant, non hic. vid STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. IV.* §. *XXIII. sqq.* Nam sufficiens hic dari non potest diversitatis ratio. Quodsi enim fundamentum rationum redditionis in excessu usurarum, qui usurariam pravitatem continet, collocandum est, quod asserunt omnes, ubique eadem aderit ratio, sive certi, sive incerti, fuerint fructus. Sic vero rectius defenditur, in utroque casu cessare rationum redditionem. Nec quicquam operabitur lex Imperii in ORD. POLIT. *de anno* 1577. *tit. XVII.* §. *VIII.* quæ alias omnem usurariam pravitatem damnat, ut opinionem nostram deseramus. Nam antichreticum pactum non est usurarium pactum, sed locatio. Et si ad fœnus illicitum referri posset, cur non eodem modo exigimus rationum redditionem, ubi incerti sunt fructus, cum hic sæpius major adhuc latere possit usuraria pravitas, quam si fructus certi sint. Vix igitur cohæret ista de efficacia pacti antichretici Philosophia, quamvis in Praxi approbata sit, ita quidem, ut, si debitor prius probaverit excessum usurarum, creditor obligetur ad rationum redditionem. Add. plura notatu digna, quæ Praxin respiciunt, ex LEYSERI *Spec. CLVII.* Interim, quo creditor eo melius sibi prospiciat, consultum est, ut expressis verbis locationem conductionem celebret, eaque occasione paciscatur, sibi jus esse, mercedem, quotannis exsolvendam, compensandi cum usuris. Plus enim sic habebit utilitatis, quam ex emtione rei oppignoratæ cum pacto de retrovendendo, cum fieri non possit, quin periculum rei simul recipiat, nisi iterum debitorem ad periculum suscipiendum, pacto interveniente obliget. add. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. c. IV.* §. *XXV. sq.*

*i)* TRAXIT hoc pactum dubio procul originem suam ab antiquis pignoribus fiduciariis, quando nempe, pecuniæ sumendæ gratia, rem certam solenniter manciparent, vel in jure cederent, ea lege, ut, soluta intra certum tempus pecunia, res remanciparetur, non soluta, res pleno jure creditori committeretur. Nec, si dicendum quod res est, pactum tale per se iniquitatem habet, cum damnum, quod quis sua, non

dat, *l. ult. C. de pact. pign.* juncta *l. 26. C. de usur.* Valet tamen ejusmodi pactum, ut, pecunia destinato tempore non soluta, res oppignorata emta esse debeat justo pretio constituto [k], vel constituendo. *l. 16. §. ult. ff. de pignor. l. ult. pr. ff. de contr. emt.* ANTON. FABER *in tit. C. de pact. pignor. L. 8. t. 22. d. 1. seqq.* add. MAESTERT. *tr. de L. Commissoria*, GOTHOFR. A JENA *tr. de L. Commiss.*

XII. SECUNDUM peculiarem juris dispositionem constituitur pignus vel per judicem, vel per legem. Judex decernit immissionem in bona alicujus, vel propter contumaciam non comparentis, vel propter cautionem præstandam non præstitam, & dici solet in specie pignus prætorium: vel Magistratus in bona debitoris, qui sententiæ parere recusat, in possessionem mittit, vel pignora capit: quod in specie dici solet pignus judiciale [l]. *vid. l. 15. §. 2. & 3. ff. de re jud.*

XIII. REFERRI huc potest hodie usitatum arrestum, quod, quamprimum impetratum est debitoris bona jure pignoris afficit, dummodo legitime impetratum, & legitime ejus fiat prosecutio, qua de re *L. IV. Tit. 16.* agetur.

XIV. PER legem in certis casibus constituitur pignus legale [m], vel hypothe-

alterius culpa aut dolo, incurrit, sentire nemo videatur. Docuit etiam late JACOBUS GOTHOFREDUS *ad L. un. C. Theodos. de lege Commissor. rescind.* ante Constantini Magni legem prohibitivam commissorium pactum in pignoribus æque ac aliis contractibus licitum fuisse. Quæ cum ita sint, injustitiæ nota inuri nequid domibus illis, publica auctoritate alicubi, pecuniæ sumendæ causa, institutis, *denen öffentlichen Leyhhäusern*, data simul licentia, ut pignorum, in securitatem crediti datorum, si debitor neque ea justo tempore reluat, neque contractum renovari, & in longius produci curet, ipso jure acquirant dominium. De Jure vero Canonico, feudali & Germanico, res expedita est, pactum commissorium in pignoribus illicitum haberi *c. 7. X. de pignor.* ibique GONZALEZ TELLEZ *I. Feud. XXVII.* ORDIN. POLIT. *de anno 1577. tit. XX. §. V.* add. GOTHOFREDUM A JENA *de Lege Commiss.* MENCKEN. *Diss. de lege commissoria in jure reprobata.*

*k)* CIRCUMSPECTUS itaque sit judex, ne vel pacto de retrovendendo adjecto legi fraus fiat. Nam hic in dijudicanda justitia pretii non præcise ad læsionem ultra dimidium est respiciendum, sed ad veram magis æstimationem, quæ tempore initi pacti aderat. Siquidem ratio prohibiti pacti commissorii, in *L. III. C. de pact. pignor.* hæc est, ne debitores miseri res pretiosas pro modica pecuniæ summa obligent, & in angustiis constituti necessum habeant, omnia, quæ exiguntur, etiam cum substantiæ suæ interitu promittere. Verbo: dispiciat judex, anne sub pacto de retrovendendo usuraria pravitas lateat. Nam fœnus immodicum a veris etiam emtionibus venditionibus abesse debet *L. XIII. §. XXVI. de action. emt.* Nec dubitat ideo RECESSUS IMPERII *de anno 1548. Tit. XVII. § I. & VII.* quin sigillatim retrovenditionis contractum inter negotia referat, quæ usurariam pravitatem continere possunt, atque, si talis deprehendatur, ut illicita reprobanda sunt. Exempla tectæ istiusmodi usurariæ pravitatis refert LEYSER. *Spec. CLVIII. med. V. & in Corollar.*

*l)* INTER pignus itaque judiciale & prætorium hæc intercedebat differentia, quod judiciale constitueretur, exequendi judicati causa, si debitor sententiæ non satis faceret. *L. XV. de re judic.* atque cum jure reali possessionem in creditorem transferret, antecedente exmissione debitoris; prætorium vero, contumaciæ coërcendæ causa, locum haberet, quando vel ad judicium vocatus non veniret, vel cautionis præstationem recusaret, idque operaretur nudam detentionem *L. XV. de damn. infect. L. X. pr. ut in possess. legator.* Verum hodie hæc distinctio nullius est usus, partim, quod cesset distinctio inter judicem & Prætorem, partim, quod, qui judiciali auctoritate pignus consequitur, quocunque id fiat modo, jus reale acquirat, unice ex antiquitate temporis æstimandum.

*m)* NON itaque pignus legale est absque lege, & præter hanc non est fingenda hypotheca tacita. Quamvis diffiteri non possimus, varia pi-

ca tacita, & quidem 1.) propter singularem debiti favorem a lege assignatur hypotheca 1. fisco in bonis civium propter tributa *, *l. 1. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* 2. marito, ratione dotis præstandæ, in bonis uxoris, vel illius, qui dotem promisit. *l. un.* §. 1. *C. de rei ux. act.* 3. uxori, pro restituenda dote, in omnibus bonis mariti, aut illius, qui dotem suscepit, ut patris mariti. *d. l. un.* §. 1. *C. de rei ux. act.* §. 29. *I. de action.* quæ hypotheca tacita statim incipit a die contracti matrimonii, licet dos postea soluta fuerit. GAIL. 2. *obs.* 86. *n.* 3. extendunt hoc & interpretes ad donationem propter nuptias, item ad bona paraphernalia, item alimenta, a marito uxori præstanda °. vid. BERL. *Lib.* 1. *C.* 68. 4. illi, qui in refectionem domus credidit p. *l. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* CARPZ. *p.* 1. *C.* 28. *d* 106. ubi monet, id extendendum esse ad aliam rem quamlibet, in cujus conservationem pecunia credita & impensa probatur. add. SANDE *L.* 3. *t.* 12. *d.* 5.

NON vero ei jus taciti pignoris competit, qui ad emendam, vel noviter extruendam q domum, aliamve rem, pecuniam credidit, nisi expresse sibi de hypotheca prospexit. *l.* 17. *C. de pign. l.* 7. *C. qui pot. in pign* non obstat. *l.* 26. *&* 34. *ff. de reb. aut.*

gnorum legalium exempla ex Praxi hodierna opinioni magis Doctorum, quam legi, originem debere, sic vero solido destitui fundamento, cum ea jurium singularium sit indoles, ut ultra casus expressos extendi nequeant. Non tamen ideo hypothecæ legales unice ex Legibus Romanis sunt petendæ, sed &, jura provincialia & consuetudines in subsidium vocari, fas est.

*n*) ATQUE hæc hypotheca generalis est, & omnia debitoris bona ita afficit, ut & ex alia re, quam cui onus cohæret, fisco satisfieri debeat, modo fundus tributarius prius excutiatur RICHTER *de jur. & privileg. credit. cap. II. membr. V.* SCHILTER *Ex. XXXIII th. XXIX* BERGER. *Cent. III. Consf. LXXXIX. & Elect. Disc. Forens. tit. XLII. obs. IX. n.* 2.

*o*) UT varia esse possunt capita, ex quibus maritus uxori debet, ita diversa quoque diversorum est ratio. Nam quod dotem attinet, ejus intuitu gaudet hypotheca cum privilegio prælationis, omnesque creditores reliqui, etiamsi anteriorem expressam habeant hypothecam, illi cedere debent, quod clare loquuntur *L XII. C. qui potior. in pign. L. XXX. C. de jur. dot.* NOVELL. *XCVII. cap. IV.* NOVELL. *CIX. cap. I.* Sed recte usus fori hoc admodum exorbitans jus ita temperat, ut uxor tacitis hypothecariis solum præferatur, iis, qui anteriorem hypothecam expressam habent, postponatur. FABER. *in Cod. Lib VII. Tit. XXIV. def.* III. STRUV. *Exerc.* XLIV. §. XLIX. Eodem privilegio gaudet dotalitium uxori constitutum MEVIUS P. I. *Decis.* CLXXIII. modo dotem absorbeat, & in ejus locum succedat. Ob bona paraphernalia jus solum tacitæ hypothecæ absque prælatione competit uxori *L. ult. C. de pactis*. Idem dicendum de donatione propter nuptias, quatenus merum lucrum non continet. add. LEYSER. *Spec.* CCXXVI. *med.* VII. *sqq.*

*p*) MODO I) nominatim pecunia ad refectionem data, II) ædificium refectum, III) refectio necessaria fuerit, & IV) res refecta adhuc extet *L. VI. D. qui pot. in pign.* BRUNNEMANN. ad *L. I. D. in quib. caus. pign.* HUBER. *Prælect. ad D. eod. tit.* VIII. Et sic, si pecunia eo nomine non data, licet probetur, eam in fundi utilitatem versam esse, cessat tamen privilegium *L. V.* §. XVII. *de tribut. action.*

*q*) RATIO enim privilegii, quod priori in casu competebat, derivanda est ab interesse Reipublicæ, cui expedit, ut ædes sartæ tectæque conserventur. Si quis ædificium emat, dispar plane adest ratio. Et *d. L.* XVII. *C. de pignor.* utique expresse negat, ideo hypothecam competere tacitam. Nec aliud evincitur ex NOVELL. XCVII. *cap.* III. Recte enim monet BACCHOV. *ad Treutler. Vol.* II. *Disp* XXIV §. VII. Justinianum hac in Novella ratione crediti ad rem conservandam jus novum ordinasse, ratione crediti ad rem emendam jus antiquum ex *L.* VII. *C. qui potior. in pignor.* confirmasse. Deinde etiam eum, qui ad ædificandum & extruendum credidit, nullam sibi asserere posse hypothecam legalem, evincit BRUNNEMANN *ad L. I. in quib. caus. pign. vel hypoth.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. p.* 1468. *n.* 2. Cæterum his creditoribus

*jud. poss.* Faber. *ad C. l.* 8. *t.* 8. *d.* 10. Carpzov. *d. loc. d.* 107. Joh. a Sande. *d. loc. def.* 5.

XV. Vel 2.) ob favorem personæ seu creditorum tribuitur hypotheca 1. fisco in bonis eorum, qui res fiscales administrarunt. *L.* 1. *C. de privil. fisci*, vel cum fisco contraxerunt [r]. *l.* 46. §. 3. *ff. de jur. fisci. l.* 2. *C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac.* Sande *d. l.* 3. *t.* 12. *d.* 1. (non autem ratione debiti ex delicto. *l.* 37. *ff. de jur. fisc. l. un. C. pœn. fiscal.*) Idem accommodatur ad debitores ecclesiarum, aliorumve piorum locorum, item civitatum & communitatum. Carpz. *d. c.* 28. *d.* 115. *&* 116. 2. pupillo & minori, in bonis tutorum vel curatorum suorum, in securitatem ejus, quod ex causa administrationis, tutelæ aut curationis nomine, ipsis debetur. *l.* 20. *C. de administrat. tut.* quæ hypotheca incipit a die delatæ tutelæ [s]. *arg. l.* 6. *C. de peric. tut. & curat.* idem obtinet in bonis illorum, qui pro tutore vel curatore gerunt. Carpz. *l.* 4. *t.* 4. *Resp.* 34. *in f.* Faber. *ad C. l.* 8. *t.* 7. *d.* 2. *num.* 1. ut & liberis prioris matrimonii, in bonis parentis superstitis [t], non tantum pro servandis rebus, quæ ipsis liberis ex prædefuncti patris vel matris substantia debentur, *l.* 6. §. *ult. C. de bon. quæ lib. l.* 8. §. 1. *C. de secund. nupt.* Negusant. *tr. de pign. p.* 2. *m.* 4. *num.* 19. *&* 20. sed & in securitatem præstandarum vel conservandarum earum rerum, quæ patri vel matri a priori conjuge obvenerunt. *all. l.* 8. §. 1. *C de secund nupt.* Similiter in bonis vitrici, in casu *l.* 6. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth.* Præterea & pupilli tacitum habent pignus in bonis omnibus, ex pecunia ipsorum comparatis. *l.* 7. *pr. ff. qui pot. in pign. l.* 3. *pr. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

personale competere privilegium, ad eum effectum, ut nudis præferantur chirographariis, ex *L.* XXXIV. *D. de reb. auct. judic. possidend.* recte colligunt.

*r*) In horum tamen bonis fiscus regulariter tacitam hypothecam non habet, nisi quatenus bona post contractum sunt acquisita *L.* XXVIII. *D. de jur. Fisci.* In his ipsis bonis vero tam pingue est jus hypothecæ, ut & cum jure prælationis sit conjunctum Brunnemann *de Concurs. Credit. cap. V.* §. XXXVIII. Quod, an eodem modo ad bona eorum, qui cum Ecclesia & piis causis contrahunt, applicari possit, valde dubium est, cum lex specialis ea de re non extet, nec tamen privilegium, lege tacente, cuidam possit tribui. Imo ne de hypotheca quidem Ecclesiarum & piarum causarum tacita in bonis administratorum lex expressa prostat, quamvis in Praxi fisci privilegium ad Ecclesias per interpretationem extensivam trahere Ziegler. *ad Ordin. Proc. Saxon. Tit.* XLV. neve argumentum desit, id ipsum ab exemplo pupilli, cui hypotheca in bonis tutoris competit, desumere soleant, cum administratores Ecclesiarum & piorum locorum tutoribus æquiparentur; cum tamen *Clemens.* II. *de relig. dom.* istam comparationem ultra juramenti præstationem, inventarii confectionem & rationum redditionem, non extendat. De civitatibus, earumque jure taciti pignoris in bonis administratorum extat *L. ult C. quo quisque ordin.*

*s*) Vel potius, cum hodie nemo tutelam suscipiat prius, quam a magistratu confirmatus est, a die confirmatæ tutelæ. Cæterum, qui hanc hypothecam cum jure prælationis conjunctam credunt, omnino errant. Nam *L.* XX. *C. de administr. tutor.* & Novell. CXVIII. *cap. V. in fin.* tale privilegium nescit. Jure vero Digestorum, ne hypotheca quidem, sed jus personale solum, pupillis tributum est, ut ex *L. ult. de tutel. & ration. distr.* ab *L.* XIX § I. *de reb. auctor. judic. possid. juncta L.* IX. *C. qui potior. in pignor.* apparet. add. Struv. *Exerc.* XLIV. *th* XLIX. Berger. *Elect. Disceps Forens. p.* 1490.

*t*) Hanc hypothecam Leges nonnisi ratione dotis maternæ concedunt *L.* VI. §. IV. *C. de bon. quæ liber. L* VIII. §. III *sq. de secund. nupt.* ratione cæterorum adventitiorum hypothecæ jus plane denegant, *d. L.* VI. § 2. *C de bon. quæ liber.* Secus Jure Saxonico. Praxin itaque extra Saxoniam, quæ præter legem hoc pignoris jus liberis ratione adventitiorum tribuit, solido destitui fundamento, vix negari potest.

XVI. VEL denique (3.) ex præſumta voluntate. *l. 4. pr. ff. de pact.* Et quidem 1. tacitum inde pignus conſtituitur legatario & fideicommiſſario, in omnibus bonis a teſtatore relictis, pro conſequendis legatis aut fideicommiſſis ſibi relictis. *§. 2. I. de leg. l. 1. C. comm. de leg.* 2. competit tacitum pignus locatoribus adverſus conductores prædiorum, in invectis & illatis [u], ratione mercedis & penſionis conſtitutæ. *l. 2. 3. 4. & 6. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypot. tac. contr.* quod jure Romano ad urbana prædia reſtringitur, nec in prædiis ruſticis locum habet, in quibus fructus pignoris loco ſunt, & locatoribus ſufficientem præſtant ſecuritatem. *l. 4. pr. ff. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr. l. 7. pr. ff. eod.* Iſta tacita hypotheca obtinet etiam in ſtudioſorum ſuppellectile literaria. VINNIUS *tr. de pactis c. 12. n. 9.* RICHTER. *ad auth. habita.* CARPZ. *p. 2. c. 25. d. 20. n. 6. ſeqq.*

XVII. DICTUM eſt de natura pignoris, ejusque ſpeciebus, & quomodo conſtituatur. Nunc de ipſo jure conſtituto agendum, quod conſiſtit in eo, ut magis in tuto ſit creditum. *§. fin. I. quib. mod. re contr. obl.* ſeu ut ſecurus ſit creditor, atque inde ipſi ſatisfieri poſſit, ſi debito tempore non reſtituatur creditum. Competit igitur hinc creditori 1.) jus pignoris perſequendi, ſi non poſſideat. *l. 10. C. de pignor.* 2.) ſi poſſideat, jus retinendi. *l. 10. C. de pignor. action. l. 4. C. de pignor.* & denique 3.) jus diſtrahendi, vel aliquando impetrendi dominium. Cum vero interdum una res pluribus oppignoretur, ideo ſciendum eſt, quinam ex pluribus in pignore ſint potiores: qua de re inferius ſuo loco commodius agetur de concurſu creditorum. vid. *tit. ff. & C. qui pot. in pignor. vel hyp. hab.*

XVIII. PERSEQUITUR pignus creditor vel remedio petitorio, vel poſſeſſorio. Petitorium eſt actio hypothecaria, eaque vel Serviana, vel quaſi Serviana item Pauliana. *§. 7. I. de act.* Poſſeſſorium eſt interdictum Salvianum, item interdictum, ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus, de quibus interdictis *tit. ſeqq.*

XIX. ACTIO Serviana eſt actio realis, qua locator res coloni, pro penſione & damnis expreſſe obligatas, perſequitur. *d §. 7. J. de action.* Ad hujus exemplum introducta eſt quaſi Serviana, qua quilibet creditor res quaslibet, ſive tacite, ſive expreſſe obligatas & oppignoratas, a quovis poſſeſſore petit [x], ut eas tradat, vel pignoris nexu, ſolvendo, eximat *l. 16. §. 3. ff. de pign. l. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. ſolv.*

u) PRAESUPPONITUR tamen, res iſtas eo fine invectas & illatas eſſe, ut perpetuo, id eſt, ad finitam usque locationem, ibi maneant *L. VII. D. in quib. cauſ. pign. vel hypothec.*

x) MULTUM tamen intereſt, utrum hac actione contra ipſum debitorem utamur, an contra tertium. Illo in caſu I) ſufficit, probare creditorem, debitorem rem oppignoratam poſſidere, arg. *L. XLI. de pignor. act.* ſi modo de ipſa oppignoratione ex obligatione vera antecedente conſtet, cum ſufficiat, rem a debitore oppignoratam eſſe. Sed, ſi cum tertio rei oppignoratæ poſſeſſore res ſit, actor probare debet legitimam oppignorationem, & præterea, rem bona fide a debitore fuiſſe poſſeſſam, ſi tertius a debitore cauſam habeat. Sin non habebat, dominium debitoris tempore oppignorationis probare debet *L. XVIII. de pignor. & hypoth. L. IX. §. IV. D. de Public. in rem. act.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. III. §. XCIX.* Imo, ſi lis ſit cum tertio poſſeſſore, qui & ipſe rem pignoris titulo poſſidet, tempus hypothecæ conſtitutæ exprimendum eſt, ut conſtet, quis prior tempore fuerit. Porro II) in illo caſu petitum alternative formari poteſt, ut vel debitum ſolvat, vel pignus tradat, quod contra tertium poſſeſſorem non procedit. Nam obligatio, ut debitum ſolvatur, hæret in

XX. Notandum vero est, jure novo contra tertium possessorem, ad quem, debitore alienante, pervenit pignus, non posse moveri hanc hypothecariam, nisi prius debitor, ejusve heredes, quin & fidejussores, eorumve heredes, actione personali fuerint conventi & excussi γ. *Nov.4. c.2. auth. hoc si debitor C. de pign.* Quod non solum in generali, sed & in speciali hypotheca procedere ε, in Scabinatu Jenensi receptum est. Dissentit Carpzov. *lib.2. Resp.71.* Cæterum non habet locum beneficium excussionis 1.) si debitor vel fidejussor notorie non sit solvendo α. Carpzov. *d.2. Resp.71.* 2.) si

personæ debitoris, non tertii possessoris, qui cum creditore non contraxit. Quamvis igitur solvere possit, si velit, quo possessionem rei sibi conservet, solutio tamen hæc solum in arbitrio possessoris est, non in actione creditoris *L. XVI. §. III. de pignor. & hypoth.* Bacchov. *de pignor. Lib. III. cap. XII. n. 8.* Solent tamen ex æquitate ejusmodi libellum alternativum sustinere Doctores, vid. Böhmer. *Diss. de libell. alternat. cap. III. §. VI.* Id, quod expressa lege in Saxonia Electorali judicibus injunctum est. vid. Ordin. Proc. Recogn. *Tit. V. §. II.* Imo nec refragari videtur ipsum jus Civile & Canonicum Conf. *L. II. C. Si unus ex plur. hered. c. V. X*[ti]. *de Pignor.* III) Nonnunquam tertius possessor urgere potest exceptionem excussionis, de quo mox videbimus. Plures differentias vide in Böhmeri *Jur. Digest. tit. de pignor. & hypoth. §. X. sqq.*

*y*) Imo in alio sensu debitor quoque, a creditore actione reali hypothecaria conventus, exceptione excussionis utitur, si specialem hypothecam creditori constituerit, addita generali, & creditor jam, prætermissa speciali, aliam rem ex bonis debitoris persequitur *L. II. C. qui potior. in pignor.* Mevius *P. IV. Decis. XLVIII.* Pistoris *P. III. qu. XIII. n. 8.* Ea enim præprimis inter generalem & specialem hypothecam intercedit differentia, quod ibi creditor eligere possit, ex qua re commodius suum consequatur, salva etiam variatione Mevius *P. VII. Decis. CCLXXXIII.* hic vero electio & variatio cesset. Si vero utraque species conjungatur, nisi inter partes de clausula, salvo jure variandi, conveniat, id actum videtur, ut specialis hypotheca principaliter obligata, generalis vero in subsidium addita sit Brunnemann. ad *d. L. II. C. qui potior. in pign.* Quod quidem ab aliis, sigillatim a Carpzovio *P. II. Constit. XXIII. def. XIX. num. 13. seq.* & a Bergero *in Elect. Disceptat. Forens. pag. 1630.* negari, eosque defendere, video, allegatam legem tertio solum possessori, qui de rebus debitoris, generali hypotheca subjectis, quædam tenet, prospicere, non debitori. Verum ubique certe par adest ratio, nec genuina disparitas allegari potest. Creditor ergo sibi recte contra debitorem prospicit, quando eum renunciare exceptioni excutiendæ prius hypothecæ specialis curat. Creditor tamen, qui jam hypothecam generalem tacitam ex lege habet constitutam, si præterea de speciali hypotheca acquirenda sollicitus fuit, ad hanc prius excutiendam obligatus non videtur, cum probabile non sit, eum hoc ipso conditionem suam deteriorem facere, & arbitrio eligendi ex rebus, in genere obligatis, unde suum consequatur, quod jus ipsi expresse concedit *L. VIII. D. de distract. pignor.* renunciare voluisse, vid. Leyser. *Spec. CCXXV. med. VII.*

*z*) Qua de re inter Doctores tamen non convenit, quamvis plurimi sint, qui cum Auctore faciunt, add. Wernherum *P. I Obs. CXXX. P. V. Obs. XXXVI.* Et quod mirum est, utraque pars opinionem suam auctoritate Nov. *CXII. cap. I.* corroborare studet. Omnis controversia igitur de sensu hujus legis agitur. Sed vereor, ne causam perdant, qui excussionis exceptionem possessori hypothecæ specialis concedunt. Nam, si quid video, Novella regulam proponit: de re litigiosa neminem cum tertio possessore agere posse, nondum excusso debitore principali. Deinde vero limitationem addit, nisi specialis rei istius hypotheca accesserit. Sic vero rem litigiosam ab hypotheca speciali in re litigiosa clara distinguit. add. Hahn. *ad Wesenbec. tit. de distract. pignor. §. I.* Berger. *Elect. Discept. Forens. p. 1479.* Huber. *Prælect. ad Dig. tit. de pignor. & hypoth. §. IX.* Thomasium ad Strauch. *Diss. XXII. thes. III.*

*a*) Id quod sine dubio existit tunc, quando concursus creditorum contra debitorem excitatus est. Quia, etiamsi, moto concursu, incertum sit, annon creditori inde satisfieri possit, certum tamen omnino est, debitorem solvendo esse desiisse Mevius *P. V. Decis. CXCVII.* vid. Berger. *P. I. Supplement. ad Elect. Disc. Forens. p. 653.*

emptor sciens rem oppignoratam comparaverit [b]. CARPZOV. 2. c. 18. d. 29. & d. l. 2. *Resp.* 72. *num.* 1. & 2. 3.) si constitutum possessorium [c] pignori sit adjectum. *l.* 18. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* GAIL. 2. O. 27. *num.* 32. additur 4.) si pactum de non alienando hypothecæ sit appositum [d]. *l.* 7. §. *fin. ff. de distract. pign.* CARPZOV. *p.* 2. *c.* 23. *d.* 34.

XXI. ALIQUANDO & adjici solet pactum oppignorationibus, quod creditor, deficiente solutione, debeat propria autoritate pignus occupare: cujusmodi pactum non alium effectum habet, quam quod liceat, non resistente debitore, ingredi possessionem, alias nihilominus autoritate judicis opus est [e]. *l.* 3. *C. de pignor. l. pen. C. de pignor. act.* vid. CARPZOV. 1. *Resp.* 5. & *defin. forens. p.* 1. *C.* 32. *d.* 27.

XXII. ACTIO Pauliana (uti appellatur *l.* 38. §. 4. *ff. de usur.*) est, qua creditor revocat id, quod debitor fraudulenter gessit, in damnum creditoris vergens. vid. §. 6. *I. de act. t. t. D. & C. quæ in fraud. cred. fact. ut. rest.*

XXIII. SEQUITUR jus retinendi pignus, quod competit creditori, rem oppignoratam possidenti *l.* 10. *C. de pign. act.* non solum pro debito, in cujus securitatem pignus traditum, sed & pro alio quovis debito, quo idem debitor eidem creditori est obligatus. *l. un. C. etiam ob chirograph. pecun.*

XXIV. SUCCEDIT denique jus distrahendi [f], quod hodie vix competit abs-

b) NEC præter scientiam hic amplius quid requiritur. Ex ea enim dolus resultat & consequitur. Leges vero generatim concedunt, ut contra tertium doli participem actio revocatoria institui possit ab eo, qui jus etiam personale tantum ex pacto quæsitum rei istius intuitu habebat *t. t. D. & C. de his, quæ in fraud. credit.*

c) ID enim eum effectum habet, ut veram possessionem in creditorem transferat, & debitor tanquam nomine creditoris rem pignori obnoxiam possideat. Quapropter creditori remedia possessoria non sunt deneganda MEVIUS *P. V. Decis. CLIX. sq.* nec locum sibi vindicare potest exceptio excussionis GAIL. *Lib. II. Obs. VII.*

d) OPERATUR enim hoc pactum, ut alienatio contra illud suscepta, nulla sit, nec effectum transmittendi dominii habeat, cum res in tertium transeat cum sua causa add. *L. V. C. si mancip. ita fuer. alienat. L. fin. C. de reb. alien. non alienand.* add. STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. II. cap. IX. §. XVI.* Interim consultum est, ut expresse adjiciatur lex commissoria, scilicet contractum ipso jure debere esse nullum, si contra pactum res distracta fuerit IDEM *d. tr. Sect. I. cap. III. §. XXXIII.*

e) GENERATIM quidem privata bonorum debitoris occupatio crediti amissione punitur. *L. XIII D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.* Sed cessat hæc pœna, si debitor pacto ingrediendi facultatem concedat *L. III. D. de pign.* cum volenti non fiat injuria. Verumtamen, quia pactum hoc verum possessionem in creditorem non transfert, nisi auctoritas magistratus accesserit, utile omnino est, ut creditor a debitore declarationem addi curet, quod possessionis occupationem, privata auctoritate factam, legitimam agnoscere velit. Ut autem creditor, resistente debitore, fundum tamen ingrediendi jus acquirat, nullo pacto effici potest, cum id ipsum bonis moribus, & quieti publicæ adversum sit BRUNNEMANN. *ad d. L. III. C. pignorib.* CARPZOV. *Lib. I. Resp. V. num.* 17. Recte igitur vi dejectus contra dejicientem utitur actione spolii, ad eum effectum, ut, rejecta in petitorium quæstione de jure dejicientis, in pristinam possessionem restituatur, ut sæpius responderunt Scabini Jenenses. Id tamen negare nolo, posse judicem imploratum ob tale pactum celeriter procedere, atque debitorem, reservatis ejus exceptionibus ad reconventionem, expellare COLER. *de processu Execut. P. I L cap. V. num.* 54.

f) SI nempe debitor in mora solvendi vel per diem, solutioni destinatum, vel prævia interpellatione, si tempus solutioni dictum non est, constitutus sit *L. VII. L. XIV. C. de distract. pignor.* Erat autem in creditoris arbitrio olim positum, utrum extrajudicialiter pignus distrahere vellet, an judicialiter contra debitorem experiri. Hic nullis ambagibus opus, sed, si debitor, de solutione peragenda admonitus, adhuc moram necteret, ad venditionem publicam judex progrediebatur. Ibi intererat, utrum pactum debito-

que

que autoritate judicis vid. CARPZOV. *p.*1. *C.*18. *d.*136. *it. p.*1. *C.*32. COLER. *de proc. execut. p.*3. *c.*23. RICHTER. *de concurs. credit. c.*4. *sect.*3.

XXV. TANDEM adjiciendum, quomodo dissolvatur jus pignoris: quod fit vel ratione ipsius pignoris vel ratione obligationis, cui accessit. Ratione ipsius pignoris solvitur 1) voluntate creditoris, nimirum remittentis pignus [g], *tot. tit. C. de remiss. pign.* 2.) per interitum rei oppignoratæ vid. CARPZOV. *decis* 12. vid. *tit. D. & Cod. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Ratione obligationis principalis [h] solvitur pignus per

rem inter & creditorem intercessisset de pignore vendendo, an conventum esset, ne venderetur, an denique plane nihil de distractione dixissent. Isto in casu creditor, elapso spatio, solutioni destinato, confestim pignus distrahendi habebat facultatem §. *I. J. quib. alien. lic.* Illo in casu trina denunciatione de instanti venditione, per congrua intervalla debitori facienda, opus erat *L. IV. D. de pign. action.* Hoc denique in casu una sufficiebat denunciatio, ut deinde post lapsum biennii venditio fieri posset. *L. fin.* §. *I. C. de jur. dom. impetrand.* Cæterum creditor vendens instar procuratoris erat, qui, ut nomine debitoris venderet, ex ipsa lege mandatum habebat. Quare I) bona fide in vendendo agere debebat, nec fraudem adhibere, alias tenebatur ad interesse *L. IV. & VII. C. de distract. pignor.* II) hyperocham, id est, id, quod post venditionem fundi in ejus pretio, deducta sorte, cum usuris & expensis, reliquum erat, restituere debebat. *L* XXIV. §. I. *de pign. act.* Et si dolose rem minoris venderet, actio pignoratitia locum habebat. *L. IV. C. si vend. pign. agat.* III) ad evictionem præstandam non erat obligatus *L. X. & XII.* §. *I. D. de distract. pign.* Sed mores nostri privatam pignoris venditionem vix tolerant, cum utriusque intersit, ut publica fiat auctoritate, ne vel debitor vel creditor pretio, justo minore, pro re soluto, damnum incurrat. Quare judicem adire solemus, ut debitori spatium legale, intra quod solutionem peragere commode possit, præstituat, accedente vero mora, debitorem ad videndum distrahi pignus, citet, & postea, nisi debitor obligationi ex asse satisfaciat, pignus, prævia auctione vel subhastatione, plus licitanti adjudicet.

*g*) FIT hoc vel expresse vel tacite. Tacite creditor pignus remittit, quotiescunque tale ejus factum adest, quod directo facit ad conjecturam, pro facta remissione capiendam. Nam quousque adhuc capi potest interpretatio, quæ creditoris juri non nocet, ea semper est præferenda, maxime, cum renunciatio juris non facile præsumatur. Quamvis igitur tacite remitti jus pignoris, dicunt, si creditor pignus reddet, *L. III. D. de pact. L. VII. C. de remiss. pignor.* si porro in alienationem pignoris consentiat *L. I. sqq. C. Eod.* si denique in oppignorationem consentiat *L. XII. pr. D. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.* ubique tamen non ad factum solum ipsum, sed ad intentionem magis, quam creditor præsumtive habuit, respiciendum est. Nam v. c. Qui pignus solum reddit ad certum usum, qui, retento pignore, instrumentum, super contractu pignoris confectum, reddit, jus pignoris neutiquam remittit. Sic porro creditori non nocet sola scientia, pignus a debitore vendi, *L. VIII.* §. *XV. Si pign. vel hypoth. solv.* nisi programma publicum præcesserit *L. VI. & VIII. C. de remiss. pignor.* Non nocet consensus, cum reservatione juris datus, *L. IV.* §. *I. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* quod vel in ipso pretio, ex re oppignorata redacto, conservari potest. Non nocet etiam consensus, si alienatio non subsequatur *L. VIII.* §. *XII. Eod.* Imo expressus & purus consensus interveniens, si ipsa alienatio sit temporalis, & res, ex pacto, venditioni adjecto, ad debitorem revertatur, non facit cessare jus pignoris in perpetuum, sed idem illud jus iterum reviviscit, si res ad pristinum dominum fuerit reversa *L. XI. C. de remiss. pignor.* Sic denique consensus in oppignorationem ulteriorem, nisi aliud expresse actum, ita accipiendus est, ut creditori ipsum jus pignoris salvum maneat, & ratione temporis solum ille, in cujus gratiam consensit prior creditor, præferatur.

*h*) SOLVITUR etiam præter casum ab Auctore allegatum I) Tempore, si tanquam terminus ad quem adjectum *L. VI. pr. D. quib. mod. pign. vel hypothec.* sive publicum, sive privatum pignus sit. Quod eatenus verum est, ut ne opus quidem sit clausula cassatoria, quam alias desiderat FINCKELTHAUS *in Append. observ. posthum. Obs. VII.* Nam huic opinioni obstat lex allegata, cui junge *L. IV. pr. de Servit.* add. CARPZOV. *P. II. Const. XXIII. def. XXXIV.* BERLICH. *P. I. Concl. LXVI.* Quapropter creditor id agat, ut vel debitorem post temporis lapsum

ſolutionem, ſeu luitionem pignoris, quæ ſemper, etiam invito & reluctante creditore, fieri poteſt, adeo ut pactum, ne liceat debitori pignus ſuum luere, non ſubſiſtat, nec huic juri præſcribi poſſit [i] GAIL. 2. O. 48.

## TITULUS XXXVI. DE JURE POSSESSIONIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Tertia ſpecies juris in re, jus poſſeſſionis. Homonymia vocis poſſeſſionis.* II. *Poſſeſſionis (qualificatæ) deſcriptio.* L. 41, ff. t. 2. de acquir. vel amitt. poſſ. III. *Diviſio in civilem & naturalem.* IV. *Perſonæ transferentes & acquirentes poſſeſſionem. Res, quæ poſſidentur.* V. *Modus acquirendi.* VI. *Acquiſita poſſeſſio retinetur.* VII. *Jus poſſeſſionis acquiſitæ ac retentæ in genere:* VIII. *In ſpecie quoad bonæ fidei poſſeſſorem.* IX. *Turbatio poſſeſſionis.* X. *Amiſſio.*

I. RESTAT exponenda ultima ſpecies juris in re, jus ſcilicet poſſeſſionis. Poſſeſſio vero in genere ſignificat detentionem aliquam rei, & quidem vel nudam & ſimplicem, vel qualificatam, ſeu cum affectione ſibi habendi conjunctam. Hæc hujus loci & vera poſſeſſio eſt, *L. 2. verſ. eos. C. de præſcript.* 30. *annor.* illa vero eſt apud eos, qui 1.) propter conditionem perſonæ nequeunt ſibi habere, ut ſervus & filiusfamilias *l. 49. §. 1. l. 4. pr. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* 2.) qui ex alia cauſa, citra ejuſmodi affectionem rem ſibi habendi, iſtam habent, v. c. depoſitarius *l. 17. §. 1. ff. depoſ.* ex primo decreto miſſus &c. [k]

ſtatim interpellet judicialiter, vel ante lapſum renovationem conſenſus a judice impetret LEYSER. *Spec. CCXXXIV. med. II.* II) Reſoluto jure dantis, ſive extincto jure debitoris ipſius, quod in re oppignorata habuit, modo tamen 1) ipſo jure & per ſe reſolvatur dominium debitoris, 2) non ex accidenti, 3) præter voluntatem debitoris *L. III. in fin. D. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolvit.* add. *L. XLIII. §. VIII. de ædilit. edict.* & ea, quæ de hoc argumento late differit VINNIUS *Lib. II. Select. jur. quæſt. cap. V.*

*i*) QUAE ſententia per ſe certa, & in *L. XIII. D. de uſurpat. & uſucap.* fundata eſt add. MYNSINGER. *Cent. I. Obſerv XVI* CUJACIUM *ad L. XVI. D. de uſurpat.* Sed, rationes opinionis, quas afferre ſolent, rem vix conficiunt, ut ſolide & erudite demonſtrat LEYSER. *Spec. XLV. med. IX.* Vera & unica cauſa extat in *L. II. C. de præſcript. XXX annor.* quia ſcilicet nemo ſibi ipſi titulum poſſeſſionis mutare, & rem, quam pignoris titulo tenet, ex alio titulo ſibi habere poteſt. Præterea quoque lucem huic argumento fœnerantur *L. XXXIII. §. I. L. XLIV. §. V. D. de uſurpat. & uſucap. L. III. § XIX. L. XIX. §. I. D de acquir. vel amitt. poſſeſſ. L. II. § I. pro hered.* Recte igitur Praxis hanc veritatem ſervat, quod actioni pignoratitiæ ante ſolutionem debiti nunquam præſcribatur, quicquid diſſentiant BRUNNEMANN. *ad L. IX. de pignor. action.* LYNCKER. *in Analect. ad tit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolvit.* § XLIX. & VINNIUS *Lib. II. Select. qu. jur cap. VI.*

*k*) POSSESSIO ſumitur vel in ſenſu Grammatico vel in ſenſu Juridico. Ibi conſiſtit in nuda detentione corporali rei cujusdam, *L. I. D. de acquir. poſſeſſ.* vocaturque nuda poſſeſſio, & eo reſpectu naturalis quoque ac in nudo facto conſiſtere dicitur, *L VII. §. XI. Commun. divid. L. XXXVIII. §. VII. de Verbor. obligat.* Talem habent depoſitarius, commodatarius, omnesque illi, qui alieno nomine poſſident. Hi tamen in ſenſu juris poſſeſſionem ſibi adſcribere nequeunt, nec ullos hæc ipſa poſſeſſio producit peculiares effectus, Quid, quod ne ad eum quidem effectum ille, qui rem ſolum detinet, pro poſſeſſore habeatur, ut actiones reales contra eum locum habeant, ſed recte utitur exceptione laudationis, ſive nominationis *L. II. C. ubi in rem* ſola fere actione ad exhibendum excepta, cum ejus intuitu lex ſimpliciter poſſeſſori imponat obligationem ad exhibendum *L. III. fin. D. ad exhibend.* Ex quibus facile patet, poſſeſſionem hanc naturalem, quæ facti ſolum eſt, inter jure in re referri non poſſe. Aſt in ſenſu juridico poſſeſſio conſiſtit in deten-

II. Possessio itaque (*scilicet qualificata*) est detentio rei cum affectione & animo sibi habendi *l.* 1. §. 3. *&* 20. *l.* 3. §. 3. *ff. de acquir. vel am. poss.* & jus possessionis seu ex possessione oriens, est facultas rem detinendi, cum affectu habendi, & commodis inde venientibus fruendi. *l.* 44. *pr. ff. de acquir. vel am. poss.* [k].

III. Dividitur possessio in naturalem & civilem: quæ divisio vel intelligitur de modo possidendi seu detinendi, & civilis dicitur, quando animo possidemus seu retinemus possessionem, naturalis vero, quando corpore & facto aliquo rei insistimus, *l.* 3. §. 1. *&* 3. *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel am. poss.* vel de ipsa forma possessionis, ut scilicet civilis possessio sit, qua quis rem detinet animo & opinione dominii. *l.* 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act.* ut 1.) dominus *l.* 2. *pro suo* 2.) bonæ fidei possessor. §. 35. *I. de rer. divis.* naturalis vero possessio sit, qua quis rem tenet animo quidem sibi habendi, sed absque opinione dominii. *l.* 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act.* ut 1.) malæ fidei possessor. *l.* 67. *pr. ff. de furt.* 2.) creditor. *l.* 40. *pr. &* §. *fin. ff. de pign. action.* [k]

IV. In acquisitione possessionis considerandæ sunt 1.) personæ, 2.) res, 3.) modus. Personas quod spectat [l], accommodari possunt ea, quæ supra de dominio diximus. *h. L. II. Tit.* 1. *aph.* 59. Res possidentur, quæ sunt in commercio hominum, & quidem proprie res corporales, *l.* 3. *pr. ff. de acq. vel am. poss.* mobiles & immobiles. *l.* 7. *l.* 13. *eod.* Analogice seu quasi possidentur res incorporales, seu jura, quæ usu & facultate utendi possidemus. *l. fin. ff. de servit.*

V. Acquiritur possessio [m] per rei possidendæ apprehensionem, quæ ne-

tione rei, cum animo rem sibi habendi, & sigillatim civilis vocatur. Et de hac, quin sit species juris in re, dubitare non possumus. Quamvis enim alii hoc negent, commoti ea ratione, quod jura quis possit habere absque possessione *L.* XII. §. I. *de acquir. vel amitt. possess.* quodque alios effectus operetur proprietas, alios possessio; certissimum tamen est, eum, qui possessionem civilem semel acquisivit, nemini cedere debere, quousque pinguius jus, quod possessionis jus vincit, non demonstravit. Eoque nomine & remediis possessoriis contra quemvis turbantem utitur. Cæterum ipsa possessio civilis & juridica, licet effectus ejus semper sit unus idemque, denuo tamen duplici iterum in sensu accipi, eique ideo diverso significatu naturalis possessio contradistingui solet. Nam qui animo, rem sibi habendi, eidem insistit, ille vel corpore & animo simul insistit, isque naturaliter possidere dicitur, dum possessio civilis cum naturali facto conjuncta est, vel animo tantum, eaque civilis vocatur *L.* I. §. XXIV. *de vi & vi armat.* *L.* I. §. III. *&* XIII. *D. & L.* X. *C. de acquir. vel amittend. possess.* Porro possessor vel ita rei insistit, ut, tanquam dominus, quemvis alium excludat, quæ possessio denuo civilis appellatur *L.* XXII. §. I. *de noxal. act.* *L.* XXVII. *D. de usur.* vel rem solum ob aliud jus sibi in re competens tenet, v. c. usufructuarius, creditor pignoratitius, isque naturaliter iterum possidet *L.* XII. *pr. L.* XLIX. *de acquir. vel amitt. poss.* *L.* XXXVII. *de acquir. rer. domin.* Ipsos vero hos significatus varios merito fictis antiquorum JCtorum adscribit Merillius *Lib.* II. *Observ. cap.* XXXI.

*l*) Nempe, cum generatim possessio in sensu juridico non sit absque animo rem sibi possidendi, facile patet, neminem possessionem acquirere posse, nisi, qui animum possidendi habere potest. Furiosus igitur & infans possessionem non acquirit. Imo furiosus neque per se, neque per alium olim possessionem acquirere poterat, cum vix admitterent Romani, ut alter per alterum acquireret. Sed, sublato hoc principio, nil obstat, ne per alium vel per curatorem acquirat, quod generale est in omnibus iis, qui per se possessionis non sunt capaces. *L.* I. § III. *L.* XXXII. §. II. *de acquir. vel amitt. possess.* De infante quoque extat peculiaris *L.* III. *C. Eod.* ex qua apparet, quod infans res donatas acquirere possit, quamvis eam plerumque de acquisitione rerum mobilium explicare soleant. Stryck. *Cautel. Contr. Sect.* I. *cap.* II. § VI.

*m*) Acquiritur nempe corpore & animo simul *L. III.* §. *I. L. VIII. D. de acquir.*

cesse est fiat corpore, seu actu quodam corporali, & animo rem sibi habendi. *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *ff. de acquir. vel am. poss.*

VI. ACQUISITA possessio conservatur * & retinetur non tantum animo & corpore simul, sed & animo solum; si nimirum quis peregre absit. §. 5. *I. de interd. l.* 44. *pr. l.* 45. *l.* 46. *ff. de acquir. vel am. poss.*

VII. JUS possessionis acquisitæ, & quæ retinetur, consistit in genere * 1.) in

*vel amitt. poss.* Neque enim detentio sola jus possessionis operatur, neque animus rem sibi habendi absque apprehensione possessorem facit. Sic vero duo requiruntur I) factum apprehensionis, II) animus rem sibi possidendi. add. *L. XLI. de acquir vel amitt. poss. ff.* Indeque fluit, quod ne quidem solo animo absque facto interveniente quis causam possessionis sibi mutare possit v. c. si quis, qui nomine alieno huc usque possedit, jam suo nomine possidere velit. *L. II. C. de præscript. XXX. annor.* Quodsi vero tale factum accedat, ex quo constat, possessorem velle causam possessionis suæ mutare, alterque acquiescat, & lapsus simul temporis accedat, id omnino efficit, ut possessionem ex nova causa acquiramus. Cæterum animus ex facto colligitur, modo tamen id ipsum ad apprehendendam possessionem directo tendat. Factum enim ambiguum, quodque aliam interpretationem admittit, non sufficit. *L. I. §. II. de peric. & commod. rei vend.* Præterea, ex apprehensione partis, possessionem totius fundi apprehensam esse, præsumitur *L. III. §. I. D. de acquir. vel amitt. possess.* modo tamen alterum pars non apprehensa vacans sit, eique nemo jam insistat, *L. XVIII. §. III. & IV. L. LII. § I. D. Eod.* Nam apprehensio possessionis nil operatur, nisi possessio vacua sit, cum, si alius jam rei insistat, ex parte apprehendentis desit primarium possessionis acquirendæ requisitum, facultas scilicet rem retinendi, ubi insistendi. Inde que recte concludit LEYSER. *Spec. CCCCLII. med. IV.* eum, qui se in compossessionem mittit, vim facere. Verum & hoc inde generatim apparet, actum possessorium, qui licet unicus sit, alias possessionem tribuit *L. I. §. IV. de aqu quotid.* tum tamen effectum nullum producere, quando contradictus est. Quo etiam fit, ut actus, qui liti causam dedit, possessionem neutiquam tribuat MEVIUS *P. II. Decis. CLXXXVIII P. III. Decis XCI.* STRYCK *de investigand action. Sect. II. membr II. §. VIII.* modo ad istum actum adversarii factum non simul concurrat. MEVIUS *P. VIII. Decis. LXIII.* Exemplum vid. apud WERNHERUM *P. II. Obs. CCCC.* Quæ cum ita sint, facile patet, non satis consulere Advocatos clientibus suis, qui de probanda possessione solliciti generatim possessionis mentionem faciunt, actuumque specialium enumerationem negligunt. Sigillatim, negligentes ea in re fuisse causarum patronos, animadverti, ubi de possessione vel quasi juris prohibendi, & exclusione alterius ab usu alicujus juris, lis agitur. Credunt enim, id sufficere, quando articulos simpliciter ad exercitium juris dirigunt, cum tamen sigillatim probare debeant actus prohibitivos, cum alterius acquiescentia conjunctos, add. WERNHER. *P. I. Obs. LXXXVII.*

*n*) FACILIUS nempe retinetur possessio, quam acquiritur. Retinetur enim solo animo, etsi alter rem alterius nomine detineat *L. XLIV. sqq. de acquir. vel amitt. possess.* Imo eum possessio non nisi animo & corpore simul amittatur, nec nocet possessori furor superveniens *L. XXVII. D. Eod. L. IV. §. III. D. de usucap.* Quod vero diximus, animo conservari possessionem, id ita intelligendum est, si quis corpore ad possessionem reverti possit. Qui enim, dum alter possidet corpore, vim majorem veretur, & ideo reverti non vult, retinere possessionem animo nequit, cum jam desit animus possidendi, absque quo possessio non continuatur, eoque in sensu coacta voluntas etiam voluntas est *L. VII. L. XXV. § II. in fin. de acquir. vel amitt. possess.* Sic quoque, qui revertitur ad possessionem, nec tamen admittitur, possessor esse desinit *L VI. §. I. D. Eod.* Idem dicendum est, si quis furto rem amittat *L. XV. Eod.*

*o*) IN specie autem possessio præsumtionem operatur pro possidente, quod juste possideat, quousque contrarium non est probatum *L. II. C. de probat.* & sic I) ubi de dominio incidenter quæstio est, id ipsum ex possessione justa recte probatur, II) in pari causa semper melior ratio est possidentis *L. X. de pignor. L. VIII. de cond. ob turpem caus. L. LXXII. de Rei Vindic. L. XXXI. §. fin. de action. empti.* III) in dubio pro possessore est pronunciandum. *L. CXXV. & CXXVIII. de Reg. Jur.* Sigillatim, quando

eo, quod quilibet possessor, etiam injustus, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet, *l. 2 ff. uti possid. §. 4. I. de interd.* modo non ab ipso adversario suo injuste, vi scilicet, clam aut precario possideat *p*. *l. 1. §. fin. ff. uti possid. §. 4. I. de interd.* hinc, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, remanet in suo loco, si actor non potuerit, rem suam esse, probare. *d. §. 4. l. 2. C. de prob. l. fin. C. de R. V.* Imo 2.) etiam injuste dejecto de possessione, privata scilicet autoritate, ea restituenda est, licet ipse dominus dejecerit. *l. 7. C. unde vi.* adeo ut quoque prædo sit restituendus. *l. 1. §. 30. ff. de vi & vi arm. c. 5. & 7. X. de restit. spol.* Permissum est etiam, eum, qui nos dejecit, in continenti *q* rursus dejicere *l. 3. §. 9. l. 17. ff. de vi & vi arm. c. 12. X. de restit. spoliat.* add. TR. NOSTER *de vindict. priv. cap. 12.* Præterea 3.) competit etiam jus retentionis ob impensas, de quibus tamen, si non liquido constet, nec illæ in continenti probari possint, cautione præstita, possessio est restituenda.

VIII. IN specie autem bonæ fidei possessor percipit fructus instar domini, & rem, continuata legitimo tempore possessione, usucapit & præscribit; imo & ei, qui bona fide & justo titulo, momento saltim temporis, rem possedit, datur Publiciana in rem actio, quæ singula jam superius exposita sunt *lib. 2. tit. 13. §. 16. seqq.*

petitorium judicium tumultuarie motum est, reus, qui possessionem probavit, in possessione recte defenditur, reservata actori facultate, petitorium recte instituendi BERGER. *Elect. Proc. Possess. §. XLII.* WERNHER. *P. VI. Obs. CCLXXVIII.* Imo, generatim, cumulato cum possessorio judicio petitorio, si probationes proprietatis liquidæ haud sint, judex super solo possessorio cognoscere potest CARPZOV. *Lib. I. Resp. LXXI.* BERGER. *d. l.* III) non tenetur possessor, ut titulum possessionis suæ edat *L. XI. C. de petit. hered. L. XXVIII. C. de Rei Vindic.* modo tamen possessor non exercere velit jus, cu jus privatus per se & citra concessionem Principis non est capax, vel etiam actor & petitor jus suum non satis probavit MEVIUS *P. VI. Decis. CLI. P. VIII. Decis. CCXLVIII.* Nam in *L. XVI. C. de probat.* clare statutum est, ut rum possessor titulum edat. add. STRYCK. *Diss. de necessit. edendi titul. suæ possessionis.* Frustra enim de possessorio quæritur, ubi de petitorio constat, cum id ipsum possessorium absorbeat *c. VI. de caus. possess. & propriet.* MENOCH. *de recuper. possess. remed. XV. n. 367.* Porro hoc jus possessoris est, quod fructus, si modo in bona fide fuerit, suos faciat, liberatur etiam possessor a cautionis judicialis præstatione. Quæ jam alibi indicavimus, & infra ulterius explicabimus.

*p*) QUOD Juri Romano omnino convenit, quoad eum effectum, ut quis in possessione contra eum, qui non possidebat, tueretur a Prætore, requirebatur, possessionem vitiosam non esse *L. I. §. V. D. Uti possidet.* Quodsi igitur altera pars probaret, possessorem vi, clam, vel precario possidere, ipsa possessio non proderat. Verum hodie multum interest, utrum quis utatur pro retinenda possessione judicio possessorio momentaneo, an possessorio judicio ordinario. Quamvis enim in utroque de sola possessione sermo sit, utrumque etiam se eo nomine a petitorio distinguat, in quo de ipso jure in re v. c. dominio agitur, ad victoriam tamen, in possessorio summarissimo sive momentaneo obtinendam, sufficit, ut actor demonstret, se possessorem esse, quia simplex factum possessionis respicit, cum e contrario in possessorio ordinario præterea requiratur, ut quis legitime possideat, & ex justo titulo. Hoc itaque exceptiones de vitiosa possessione admittit, quæ in illo plane cessant. Judex enim, dum hic solum factum spectat, insuper omnino habet, quo modo, bona an mala fide quis possideat, & ipsam controversiam de ista qualitate in possessorium ordinarium rejicit, ne interim, dum de his qualitatibus disputatur, partes præsentaneæ possessionis obtentu ad arma venient. PFANKUCH. *de possessor. summar. Lib. I. cap. VI. n. 11.* BERGER. *Elect. Proc. Possess. th. XXII.* WERNHER. *P. II Obs. CCCCXXXIV.*

*q*) QUOD tamen cum aliqua latitudine admittendum. Nam & is, qui, dum majorem vim adhibenti resistere nequit, atque ideo dejicitur, statim id agit, ut homines sibi adjungat, eorumque auxilio stipatus, post temporis aliquod intervallum redit, & vim adhibet, ut ite-

IX. POSSESSIONI accidit aliquando turbatio, quæ est actus, quo possessor, alterius dolo culpave, libere quieteve rem possidere, eave uti impeditur, vel molestia atque incommodum possessioni affertur. Qua quidem turbatione non amittitur possessio, sed per remedia convenientia [r] providendum, ne possessori præjudicetur.

X. AMITTITUR possessio [s], vel quod nolimus amplius possidere. *l.* 17. § 1. *l.* 18. §. 1. *ff. de acquir. vel am. poss.* vel quod nequeamus, licet vellemus, si nimirum dejiciamur de possessione. *l.* 18 §. 4. *ff. de acquir. vel am. poss. l.* 30. § 2. *eod.*

# TITULUS XXXVII. DE INTERDICTIS SEU REMEDIIS POSSESSORIIS [t].

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Ratione possessionis datur judicium possessorium tum summariissimum, tum ordinarium.* II. *Olim dabantur interdicta*; L. 43. ff. t. t. de interd. seu extraord. act. quæ pro his comp.

rem dejiciat alterum, in continenti dejicere videtur.

*r*) NEMPE per remedia manutenentiæ, sive interdicta retinendæ possessionis, quæ hunc producunt effectum, ut judex, modo ipsi de possessione fides fiat, possessorem contra turbantem defendere debeat. Caveat tamen possessor, ne causam proprietatis admisceat possessorio. Quamvis enim alias ex cumulatione petitorii & possessorii ista utilitas redundet, ut judex de alterutro pronunciare possit, hæc tamen cumulatio in interdictis solum, quæ ad adipiscendam vel recuperandam possessionem tendunt, non in interdictis retinendæ possessionis, locum sibi vindicare potest, siquidem illa etiam dantur iis, qui corpore non possident, & sic certo modo cum judiciis realibus coincidunt, hæc vero præsupponunt, ut quis actu possideat corpore. BÖHMER. *de actionib. Sect. III. §. IV. & V.* Quamvis, ut verum fateamur, ista possessorii & petitorii remedii cumulatio cum juris Civilis dispositione aperte pugnet *L. III. C. de interdict. L. III. C. de Rei Vindic.* magisque erroneis Juris Canonici principiis originem debeat, vid BÖHMER. *Jur. Eccl. Protestant. Lib. II. Tit. XII. §. II sqq.*

*s*) NEMPE amittitur animo iterum & corpore simul *L. VIII. D de acquir. vel amitt. possess.* Ita tamen in regula solum. Nam dantur casus, ubi solo animo, dantur etiam, ubi solo corpore possessio amittitur. Id fit, quando quis rem, quam hucusque suo nomine possedit, nunc ex pacto antecedente alieno nomine possidere incipit *L. III § VI. Eod* quod singulari contingit ob constitutum possessorium. Hoc fit, quando quis invitus possessionem amittit; Dum enim derelinquere cogitur possessionem, intentio possidendi, quippe quæ in actum deduci nequit, inanis est. Sic possessionem rei, furto surreptæ, vel vi ablatæ, amittimus *L. XV. D. Eod.* Eodem modo possessio nostra desinit, si quis judicis auctoritate in bona nostra missus est *L. XXX. § II. Eod.* Pari ratione possessio nostra intervertitur, si depositarius, commodatarius furti faciendi causa rem nostram contrectet. *L. III. §. XVIII. Eod.*

*t*) INTERDICTA ab interdicendo nomen habent. Prætor enim in causis, in quibus de possessione lis erat inter partes, cum illæ ipsæ sæpius ambages vix admitterent, summatim cognoscebat, atque mox solenni formula interdicebat, hoc est, jubebat aliquid fieri, vel prohibebat. Dicta etiam ideo sunt remedia possessoria, cum ut plurimum de possessione lis esset, quamvis etiam dentur interdicta, quæ ad causam proprietatis pertinent, eamque finiunt. Ipsa vero ratio, quod celeriter hic Prætor procederet, præter eam, quam allegavimus, & hæc erat, quia condemnato in causa principali nullum inferebatur præjudicium, sed salva semper de dominio & jure disputandi manebat facultas. Et licet postea sub Imperatoribus interdictorum formulæ sint sublatæ *tot. tit. C. de formul.* id tamen ex ratione eorum peculiari remansit, quod ad exemplum eorum res agi deberet *L. III. C. de interdict.* id est, quod celerrime adhuc res expediretur, &, omissis processus ordinarii solennitatibus, extra ordinem causa cognosceretur. *L. fin. C. Eod.* quo nomine etiam interdicta extraordinariis co-

*postea actio ex causa interdicti. Hodie loco interdictorum sunt mandata, item inhibitiones.* III. *Divisio interdictorum.* IV. *Interdicta adipiscendæ possessionis sunt 1. interdictum quorum bonorum,* L. 43. ff. t. 2. quorum bonorum: V. *Quo etiam pertinet remedium ex l. fin. C. de edict. D. Hadrian. toll.* VI. *2. interdictum quod legatorum.* L. 43. ff. t. 3. quod legatorum. VII. *3. interdictum Salvianum.* L. 43. ff. t. 33. de Salviano interdicto. VIII. *Retinendæ possessionis interdicta 1. uti possidetis.* L. 43. ff. t. 17. uti possidetis. IX. *2. Utrubi.* L. 43. ff. t. 31. utrubi. X. *Præterea sunt speciosa interdicta retinendæ possessionis.* XI. *Quibus vel defenditur 1) superficies,* L. 43. ff. t. 18 de superficieb. XII. *2) servitutes quædam nimirum iter actusque privatus;* L. 43. ff. t. 19. de itinere actuque priv. XIII. *Aquæ ductus; de quo interdictum 1.* L. 43. ff. t. 20. de aqua quotid. & æstiva. XIV. *Interdict. 2.* XV. *Interdict. 3.* XVI. *Interdict. 4.* L. 43. ff. t. 21. de rivis. XVII. *Aquæ haustus & pecoris ad aquam appulsus, de quo interd. 1.* L. 43. ff. t. 22. de fonte. XVIII *Interdict. 2.* XIX. *Est etiam interdictum de cloacis, tum privatis.* L. 43. ff. t. 23. de cloacis. XX *tum publicis.* XXI. *Vel inhibentur violentæ & clandestinæ turbationes interdicto quod vi aut clam.* L. 43. ff. t. 24. quod vi aut clam. XXII. *Interdictum recuperandæ possessionis, unde vi:* L. 43. ff. t. 16 de vi & vi armata. XXIII. *Nec non remedium ex jure canonico.* XXIV. XXV. & XXVI. *Pertinet etiam huc Novi operis nunciatio.* L. 39. ff. t. 1. de novi operis nunciatione.

I. RATIONE possessionis datur judicium possessorium, quod dividi solet in summariissimum, & ordinarium seu plenum *.

SUMMARIISSIMUM, extraordinarium aut summarium est, quo non solenni ordine servato, celeriter ac summarie proceditur *, ita ut sufficiat qualis qualis petitio

gnitionibus annumerentur. Neutiquam vero Jure Civili, quod jam dixi, proprietatis causa admisceri poterat possessorio. Sed hoc statutum erat, ut de causa possessorii ante petitorium fieret judicium, possessorium autem petitorio non præjudicaret. *L.* XIV. § *fin. de except. rei judic.* Præterea & illi, qui causam proprietatis prius in judicium deduxerat, concedebatur facultas, illam iterum repudiandi, &, refusis expensis, ad possessorium confugiendi *L.* XVIII. §. I. *de vi armata.* Sed multa hic jus Canonicum contra juris Civilis rationem invexit, sigillatimque permisit, ut possit causa proprietatis cum causa possessionis cumulari *cap. V. X*[n]. *de caus. propriet. & possess.* ut judex de alterutra possit pronunciare *c.* II. *sqq. Eod.* ut judici, etiam possessorio solum instituto, liceat de petitorio cognoscere, si de eo clare constet *cap.* VI. *Eod.*

u) DIFFERENTIAM præcipuam ratione medii concludendi jam supra indicavi. Id solum addam, optimam cautelam esse, ut, qui de possessione, maxime retinenda, agit, omni modo abstineat ab allegatione qualitatis possessionis, & se unice in facto possessionis fundet, ne vel contra eum fiat præsumtio, quod possessorium ordinarium magis & petitorium elegerit, vel pars adversa occasionem arripiat, disceptationem de proprietate instituendi, judicemque inducat, ut super petitorio potius, quam possessorio cognoscat, eo ipso vero actor privilegium causæ possessoriæ amittit. Et si ex re sua actor forsan putet, judici exponendas esse possessionis qualitates, dum tamen jure petitorii allegat, potestetur simul, id fieri tantum pro coloranda possessione, non animo sese in petitorium intromittendi CARPZOV. *P. I. Const. XXVI. def. VII. n. 9.* Utut enim WERNHERUS *P. IV. Obs. LXXIX.* opinetur, allegationem jurium non in præjudicium actoris interpretandam, sed ex indole processus instituti eidem actori succurrendum esse, ne privilegio causæ excidat, quod æquum omnino videtur, vix tamen hæc opinio omnium calculo approbatur, & sic consultius omnino est, ut vel abstineamus ab allegatione jurium, vel minimum protestemur, ne noceat, add. LUDOVICI *Einleit. zum Civil. Proc. cap. IX. §. XXIV. cap. II. § XIV.*

x) SIGILLATIM de jure Romano I) admittuntur probationes leviores, seu demonstrationes nudæ, ita quidem comparatæ, ut judici fides fiat de facto possessionis II) exceptiones altioris indaginis, quæ non in continenti liquidæ fieri possunt, cessant, & ad proprietatis quæstionem rejiciuntur *L. ult. C. quor. bonor.* III) appellationes & remedia suspensiva contra sententiam, quæ alterum in possessione tuetur, locum sibi non vindicant. *L. VI. C. quor. appell. non recip. L. un. C. si de moment. poss. fuer. appell. L.*

& responsio, nec non probationes possessionis leviores. vid. LUDOV. POSTHIUS *tr. de summar. poss.* CARPZ. *in proc. tit.* 23. Possessorium judicium ordinarium seu plenum est [y], quo solenni ordine servato proceditur, ubi scilicet opus libello [z], Litis Contestatione & plenis probationibus. FRIDER. *de interd. com.* 26. *n.* 71. CARPZ. *d. loc.*

II. OLIM in caussis possessionis decernebantur interdicta, quæ erant formulæ atque conceptiones verborum, seu jussa, certis formulis prolata, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat; quod tunc maxime fiebat, cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur. *pr. I. de interd.* Postea actio ex causa interdicti de possessione proposita est, *l. ult. C. de interd.* §. *fin. I. eod.* Praeterea hodie sunt loco interdictorum mandata vel cum, vel sine clausula [a] in Camera Imperiali. vid. SCHWANMANNUS *de Proc. Cam. obs.* 11. COLL. ARG. *ad tit. de interd. th.* 13. nec non in Curiis Saxonicis inhibitiones [b], de quibus vid. CARPZOV. *in proc. d. tit.* 23. *art.* 2. *seqq.*

*VII. pr. D. de appellat. recip. vel non.* Verum tamen & hic denuo jus Canonicum quædam mutavit, & certo modo remedia suspensiva toleravit, quo de argumento infra, ubi de processu sermo est, plura dicemus. Conf. interim STRYCK. *de action. investig. Sect. II. membr III.* §. *IX. & in Diss. de appellat. non suspens. cap. III* §. *XX sq.* BERGER *in Elect. Process. Possessorii.*

y) UT huic argumento faciamus satis, inquirendum adhuc est, quænam interdicta possessorii summarii, quænam ordinarii sint objectum. Plerique de omni possessione, sive adipiscenda, sive retinenda, sive recuperanda, in possessorio summario agi posse, contendunt. Alii, de adipiscenda possessione in ordinario agendum esse, putant. Alii omnia interdicta objectum ordinarii dicunt, solo interdicto retinendæ possessionis excepto, inter quos eminent BERGER. *in Elect. Proc. Possess.* §. *IV.* LUDOVICI *in der Einleit. zum Civil-Proc. cap. II.* § *XX. seqq* Idque omnino verum esse, probat LEYSER. *Spec. CCCCXCIX. med. I. sqq.*

z) INVALUIT igitur in Praxi, ut possessorium ordinarium, simulac super possessione præsentanea judex cognovit, instituatur, & novus processus inchoetur, a capite ad calcem usque ad regulas artis accommodandus. Quod tamen analogiæ juris Romani non convenit. In judicio enim summariissimo lis de possessione non finitur, sed suspenditur solum, & præparatur per sententiam provisionalem & interlocutoriam, quo melius constet, quisnam actoris partes in quæstione super possessione sustinere debeat, quis rei. Hac vero ratione non opus esset, ut ad novum processum confugeremus, sed recte ageret ille, cui possessorium ordinarium reservatum est, si se statim ad probationem melioris possessionis accingeret. BOHMER. *de actionib. Sect. II. cap. IV.* §. *XV. & XVI.*

a) SUNT hæc, quibus absolute aliquid sub pœna injungitur, ea efficacia, ut admonitus vel parere & paritionem docere, vel videre debeat, se in pœnam, mandato insertam, declarari. STRYCK. *Introd. ad Proc. cap. III* § *XIII.* Tam arcte vero ligant, ut vix aliam exceptionem, quam sub & obreptionis, admittant. FRIDERUS *de mandat. Lib. II cap. XV* §. *H.* Cumque speciem executionis habeant, & contra non auditum in limine statim processus decernantur, facile patet, judicem ab iis, si causa justa desit, abstinere debere. Quare nec locus ipsis est, nisi in quatuor casibus, quos enumerat ORDIN. CAMER. *P. II. Tit. XXIII.* scilicet I) *Si quis directo contra legem prohibitivam peccet.* II) *Si damnum irreparabile immineat,* III) *Si causa in perniciem Reipublicæ tendat.* IV) *Si causa moram non patiatur,* Sed mandata cum clausula pœnalia quidem sunt, potestatem vero relinquunt reo, ut in termino præfixo justas causas, cur parere non potuerit, alleget. Quas, si habeat, prævia cassatione mandati pœnalis, id ipsum vim simplicis solum citationis retinet. Atque hæc mandata, cum damnum re ipsa non afferant reo, non facile sunt deneganda ORDIN. CAMERAL. *d. l. add.* TEXTOR *ad Rec. Imper. de anno* 1654. *Disp. VII. th. XXI.*

b) SUNT inhibitiones præcepta pœnalia, plerumque prævio simplici monitorio, ut turbator sponte desistat, in contumaciam legitime decreta, quibus turbatio interdicitur, & tur-

III. DIVIDUNTUR interdicta, quod alia sint adipiscendæ, alia retinendæ, alia recuperandæ possessionis.

IV. INTERDICTUM adipiscendæ possessionis est 1.) interdictum quorum bonorum [c], quod datur bonorum possessori seu heredi, contra eum, qui pro herede vel pro possessore possidet rem hereditariam, ut restituat cum omni causa. *l. 1. pr. & tot. tit. D. & C. quor. bonor.* vid. uberius FRIDERICUS *d. tract. tit.* 16. & CRANIUS *de interdict. c.* 3.

V. PERTINET etiam huc remedium [d] singulare ex *l. f. C. de edict. D. Hadriani tollendo:* quo heres, testamento scriptus, illud nullo visibili vitio laborans, produ-

batori restitutio rerum ablatarum, damni dati reparatio, expensarum exsolutio, & cautionis de non turbando præstatio injungitur, addito jussu, ut compareat, & paritionem doceat. Non multum itaque a mandatis sine clausula differunt, nisi quod monitorium eas præcedat plerumque, quando periculum non est in mora, vel de turbatione non liquido constet. Imo nec ad eas progreditur judex, nisi quis alterum in exercitio juris ex re judicata vel transactione quæsiti turbet, turbationi vim admisceat, vi dejiciat, & actor prius factum turbativum demonstret. Conf. CARPZOV. *de Institutionibus*. KRAUSII *Tr. Synoptic. Proc. Saxon. Lib. II. cap. III. Sect. II.*

*c)* QUOD interdictum cum hereditatis petitione in omnibus coincidit, solo modo procedendi excepto. Nam, ut ex *L. III. C. quor. bonor.* discimus, ratio interdicti in eo consistit, ne, qui ex pluribus, hereditatem captantibus, meliori, liquidiorique jure niti videtur, ab altero, cujus jura dubia adhuc & obscura sunt, & qui tamen possessionem rerum hereditariarum occupat, prior excludatur, ac molestias processus, sumtus que litis ferre obligetur cum dubio litis eventu. Jubet itaque lex, ut Prætor eum, cujus jus hereditarium liquidum est, cujusque adversarii contradictio in altiori indagine consistit, frustrationibus ejusmodi amputatis, statim in possessionem mittat, & adversario judicium petitorium reservet. Quæ cum ita sint, facile patet, ab hereditatis petitione ad hoc interdictum ubique inferri posse, sigillatim I) jus petitoris ita liquidum debere esse, ut pro præsumtivo herede haberi possit, II) omnibus illis, quibus datur hereditatis petitio, dari quoque hoc interdictum. III) Dari solum contra eos, qui titulo universali possident, IV) dari tamen etiam heredi partiario contra coheredem. Et quamvis BEYER. *in Delineat. tit. D Quor. bonor.* usum interdicti negare videatur, ob insignem tamen ejus æquitatem & utilitatem id ipsum utique admittendum censeo. PHILIPPI *Us. Pr. Instit. Lib. IV. Eccl. LXXI. n.* 14. HAHN. *ad Wesenb. tit. Quor. bonor. n.* 6.

*d)* DUPLICEM enim hoc remedium habet utilitatem, dum heres partim possessionem rerum hereditariarum nanciscitur, partim onus agendi in adversarium devolvit. Prospicit sigillatim heredibus, in testamento scriptis. Non tamen ab interdicto quorum bonorum videtur diversum esse, cum Prætor generatim possessionem hereditatis promittat illis, qui fortiorem pro se juris hereditarii præsumtionem habeant. Ut sic generatim inferri possit, cuicunque præsumtive successori, sive per legem, sive per testamentum, vel scriptum, vel nuncupativum, in scripturam redactum, aut testium juramento expositum, sive per pactum vocetur. Verbo, ipsa æquitas, in qua remedium hoc & interdictum quorum bonorum nititur, jubet, ut usus illi in qualibet ultima voluntate relinquatur CARPZOV. *Lib. VI. Resp.* XX. WERNHER. *P. VII. obs. CII.* BRUNNEMANN *ad L. fin. C. de Edict. D. Hadrian.* Cumque moribus nostris successio per pacta recte deferatur, nil obstat, ne ad hanc successionem istud interdictum trahamus. Ut vero felicem sibi actor promittere possit effectum, duo conjunctim requiruntur, I) militare pro eo præsumtionem juris hereditarii II) legitimum contradictorem non adesse. Præsumtio vero illa oritur ex productione ultimæ voluntatis vel pacti, quod nullo visibili vitio laborat, sive quod nullum ex ipsa inspectione, lectione & scriptura, apparentem defectum habet. Quodsi igitur tale vitium visibile adsit, quod vel in forma ultimæ voluntatis externa, vel in forma interna occurrit, missio heredis locum non habet, invisibile autem eam non impedit. Conf. *L. II. C. de Edict. Divi Hadrian.* Legitimus contradictor est, qui, se res hereditarias justo titulo tenere, dicit. Sed cum hodie permittatur, ut, qui omnia libelli capita ex do-

cens, & missionem postulans, in possessionem omnium rerum hereditariarum, quæ tempore mortis testatoris fuerunt, mittitur a judice summatim causam cognoscente. vid. RICHTER *pecul. commentar ad illam l. fin.*

VI. 2.) INTERDICTUM quod legatorum, quo agit heres post aditam hereditatem contra legatarium, ut possessionem rei legatæ, quam non ex voluntate ejus, sed propria autoritate occupavit [e], restituat. *tot. tit. ff. quod legat.* FRIDER. *d. tr. tit.* 17.

VII. 3.) INTERDICTUM Salvianum, quo locator prædii rustici agit contra colonum, ad possessionem adipiscendam rerum [f], quas is pro mercedibus fundi pignori futuras expressè pepigisset. §. 3. *in f. I. de interd. l.* 1. *pr. ff. de Salvian. interdict.* Utile etiam interdictum datur 1.) aliis creditoribus contra alios debitores, quorum res tacite vel expresse oppignoratæ sunt. *l.* 1. *C. de prec. & Salv. int.* 2.) ex communi sententia contra tertium possessorem [g] rerum coloni, vel alius debitoris, oppignoratarum, excusso tamen prius principali. THESAUR. *Decis.* 175. *n.* 1. add. *tit.* 35. *§.* 20. *h. l.*

cumento probari potest, processu executivo utatur, BERGER. *Elect. Proc. Execut.* §. *IX.* nec desit ratio, cur heredi, qui nititur in testamento non vitioso, processum istum denegemus LUDOVICI *Einleit. zum Civil Proc. cap.* III. §. III. rectius dixeris, legitimum contradictorem eum esse, qui exceptiones intentioni actoris directo contrarias & allegare, & in continenti probare potest, cum processus executivus exceptiones altioris indaginis non admittat. LEYSER. *Spec. D. med.* VIII. *sqq.*

*e*) PRIVATA enim legati occupatio legatario vix permittitur, quamvis statim a morte testatoris fiat rei legatæ dominus. Posset enim heres ratione Falcidiæ damnum incurrere, vel ejus alia ratione interesse, legatum non apprehendi. Nam non unice ob quartam Falcidiam, sed ob quodvis interesse heredi hoc interdicto experiundi facultas datur v. c. si hereditas ære alieno gravata, si heredi electio concessa, si legato conditio adjecta sit BRUNNEMANN *ad L. I. D. quod legat. n.* 3. HAHN *ad Wesenbec. tit. eod. n* 4. Ut nec dubitem, quin contra STRAUCHIUM apud SCHILTER *Exerc.* XLVII. §. XXIX. judicandum sit, qui interdicto contra donatarium mortis causa usum deneget. Nam *L.* I. §. *V. quod legator.* quam in subsidium vocat, plane alium casum exhibet, & præsupponit, rem donatam a donante in donatarium esse translatam, ubi dici nequit, donatarium propria auctoritate rem occupasse. Interim heres hoc interdicto tum demum utitur, quando legatarius ex hereditate, adhuc jacente rem sibi sumsit. Post aditam enim hereditatem, si occupat, vim committit, & cum eo ex *L.* VII. *C. unde vi* ad eum effectum agi potest, ut legato plane excidat add. *L.* LVI. *de Legat.* I. Extra hunc casum vero heres actor, qui possessionem recuperat, cavere debet de restituendo legato, si postea de eo constiterit *L.* II. §. I. *D. quod legat.*

*f*) EO in casu, quando conductor res oppignoratas in alium locum clam transtulit, & ego sciam, ubi latitent. Nam, quatenus res oppignoratæ adhuc in ipso fundo sunt, hoc interdicto non est opus. Utilitas ipsius interdicti perspicua satis est. Est enim in illo, tanquam remedio possessorio, expeditior probatio & facilior via ad victoriam obtinendam. Nam judicium principale, actio nempe Serviana, ordinaria causæ cognitione absolvitur, jus pignoris, eo electo, probare debet actor, neque ipse exceptiones altioris indaginis admittere debet. Sed interdictum de simplici & plano finitur, probationem tantum levem, ad illationem bonorum & factum oppignorationis directam, requirit, & exceptiones altioris indaginis ad petitorium remittit. Quod tamen recte restringitur ad eas exceptiones, quæ non fluunt ex ipsa natura negotii pignoratitii, & ex instrumento obligationis, vid. LEYSER. *Spec.* DXI. *med.* III.

*g*) QUOD tamen ex Jure Romano defendi non potest, quippe quod, contra tertium hoc interdictum dari, expresse negat in *L.* I. *C. de Salvian. interd.* Multum vero desudant Doctores in conciliatione *L.* I. § I. *D. Eod.* cum ista lege Codicis, cum una alteri contradicere videatur. Conf. JOH DE WATER *L.* I. *Obs. cap.* XIV. BERGER *Resol. Lauterbach. ad. tit. de Salviano interd. in fin.* Sed salva res est. Neque enim Lex Digestorum expresse interdictum ad tertium pos-

VIII. RETINENDAE possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis [h], & utrubi. Illud est, quo Prætor ei, qui rem immobilem eive similem possidet, quo minus ita possideat, vim fieri vetat, eumque in possessione tuetur, nisi vi, clam, aut precario possideat ab adversario. *l. 1. pr. §. 1. & seqq ff. uti possid. §. 4. I. de interdict.*

IX. INTERDICTUM utrubi est, quod de possessione rerum mobilium locum habet. *l. un. ff. utrubi. §. 4. Inst. d. t.*

X. PRAETEREA sunt specialia quædam interdicta retinendæ possessionis, quibus vel defenditur jus aliquod in fundo, vel ratione superficiei, vel servitutum quarundam; *l. 3. §. 8. ff uti possid. l. 1. §. 2. ff. de superfic.* vel inhibentur in specie violentæ & clandestinæ turbationes.

XI. INTERDICTUM de superficiebus [i] est, quo Prætor superficiario, superficie fruenti, vim fieri vetat, quo minus ita fruatur, nisi vi, clam aut precario ab adversario possideat. *l. 1. pr. §. 2. ff. de superfic.*

XII. RATIONE servitutum [k] proponuntur 1. de itinere actuque privato, (ac his inclusa via privata) duo interdicta: quorum altero Prætor illi, qui itinere actuque

sessorem extendit, neque permittit natura interdictorum, ut vocem *extraneus*, quæ ibi occurrit, de quoquam alio, quam de debitore, accipiamus. Et, quicquid sit, est tamen procul dubio lex Digestorum ex lege Codicis explicanda. Quod vero Praxin hodiernam attinet, quæ interdictum contra tertium possessorem admittit, ea fundamentum habet in Jure Canonico, quod, actionem de spolio, de qua infra, contra tertium institui posse, expresse disponit.

*b*) QUOD interdictum ipsum illud possessorium judicium est, ubi de possessione qualificata & civili quæritur, cum Prætor possessionem non tuetur, cui vitium vis, clandestinitatis vel precarii opponitur, & ab excipiente probatur. Hac vero probatione deficiente, actorem, qui de possessione per actus possessorias, & de turbatione fidem facit, defendit, & exceptiones, quæ ipsum jus & petitorium tangunt, nisi in continenti liquidæ sint, rejicit ad judicium proprietatis. *L. I. §. III. D. uti possid.* SCHILTER *Exerc.* XLVII. §. LXI. Ab hoc igitur, ut possessorium summarium rite distinguatur, omnino necesse est, quod jam dixi, Nam hic agitur de simplici facto possessionis, eoque probato, alteri possessorium ordinarium, in quo de meliori possessione judici fidem facere possit, reservatur, possessione vero meliori probata, demum ad judicium proprietatis, ubi de jure ipso sermo est, fit progressus. Præterea Doctores & hanc inter possessorium ordinarium & summarium, putant, intercedere differentiam, quod hoc non admittat petitum de præstanda cautione de non amplius turbando. CARPZOV. *Lib.* I. *Resp.* XV. *n.* 13. Verum hæc ipsa cautio ex interpretum magis sententia & usu fori, quam ex certa lege deducta videtur. Cumque eo tendat, ut possessor contra ulteriorem turbationem securus præstetur, possessoris autem in utroque judicio eo nomine intersit, nulla apparet diversitatis ratio. Quare, rectius defenditur, tale petitum ad utrumque possessorium pertinere, judicemque respicere debere nihilosecius, quale possessorium actor elegerit WERNHER P. I. *Obs.* CCXC. BERGER. *Elect. Proc. Possess. tit.* XXX.

*i*) QUOD tamen cum interdicto, uti possidetis per omnia convenit, *L.* I. §. II. *de superficieb.* vel potius ejus species est. Quare etiam in foro rarissime ex hoc interdicto agitur, sed, ubi de turbatione possessionis sermo est, Practici ubique recurrere solent ad interdictum uti possidetis STRYCK. *de action. investig. Sect.* II. *membr.* II. §. XIII. Ipsam vero superficiei indolem jam supra indicavimus.

*k*) SUNT & hæc interdicta species interdicti uti possidetis, eoque tendunt, ut non solum servitutibus absque turbatione uti, sed & eas reficere liceat *L.* III. §. XI. *de itinere actuque privat.* Ideo autem his remediis possessoriis videbatur opus, quia proprie rerum incorporalium nulla erat possessio. Sunt vero hæc interdicta mixta, & quæstionem juris admixtam habent. Nam,

privato hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario usus est, quo minus ita utatur, vim fieri vetat. *l.* 1 *pr. ff de itin. actuque priv.* Altero interdicto prohibetur, ne iter actumque, quem habet, reficienti vis fiat. *l.* 3. §. 11. *&* 12. *ff. d. tit.* modo is caveat adversario de damno infecto, seu de vitio operis. *d. l.* 3. *§.* 11. *l.* 5. *§. f. d. t.* FRIDER. *de interd. tit* 10. *num.* 34. *& seqq.*

XIII. 2. DE aquæ ductu sunt quatuor interdicta. Primum est de aqua quotidiana, quo Prætor illi (ejusve successori. *l* 1. §. 24. 37. *ff. de aq. quot. & æstiv.*) qui hoc anno saltem una die vel nocte, *l.* 1. §. 4. 22. *ff. d. t.* aquam, de qua agitur, non vi, non clam, non precario, *d. l.* §. 10. 20. & bona fide *d. l.* 1. §. 10. 19. duxit a capite *l.* 1. §. 7. *&* 8. *d t.* ad quemcunque usum, etiam in prædia urbana. *v. l.* 1. §. 11. 12. 13. *&* 14. *l* 3. *pr. ff d. t.* quo minus ita porro eodem modo *l.* 1. §. 15. 16. 17. *&* 18. *l.* 2. *d. t.* ducat, vim fieri vetat. *d. l.* 1. *pr.* §. 25. 27. add MOLIN. *d. tr. D.* 705. FRIDER. *tit.* 11. BUCHNER. *de jur. aquar.*

XIV. SECUNDUM interdictum est de aqua æstiva, quo Prætor ei (ejusve successori *l.* 1. §. 37. *ff. d. t.*) qui priore æstate aquam, de qua agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario duxit a capite *d. l.* 1. § 39. quo minus ita ducat, vim fieri vetat. *d. l.* 1. §. 29.

XV. TERTIUM interdictum est, de aqua ex castello i e. receptaculo aquarum publicarum, *l.* 1. §. 39. *ff. d. t.* ducenda: quo Prætor ei, cui aquam ducere ex castello a Principe permissum *d. l* 1. *§.* 41. *& seqq.* quo minus ita, uti permissum est, ducat; vel, damni infecti caverit, quo minus aquæ ducendæ causa opus faciat, vim fieri vetat. *d. l.* 1. *§.* 38. MOLIN. *d. D. n.* 23. FRIDER. *d. t.* 11. *n.* 19.

XVI. QUARTUM interdictum, ad aquæ ductus pertinens, est de rivis, quo Prætor ei, qui eodem anno, vel superiori æstate non vi, non clam, non precario ab adversario aquam duxit, sive jus aquæ ducendæ habeat, sive non, vid. *l. f. ff. de riv.* vim fieri vetat; qua minus aquæ ducendæ causa rivum sive in publico, sive in privato, *l.* 3. §. 4. *h.* specum, septa reficiat, purget; modo non aliter aquam ducat, quam antea usus est *l.* 1. *pr.* §. 9. *d. t.* & de damno infecto caveat. *l.* 3. §. *pen. d. t.* vid. FRIDER. *tit.* 12. MOLIN. *d. D.* 705. *num.* 25. *& sqq.* Quid rivus, quid specus, (*locus sc. terra cavus & profundus, a despiciendo dictus l.* 1. §. 3. *d. t. a quo alius est cuniculus seu canalis l.* 11. *pr. ff. de aqu. & aq. pluv. arc.*) quid septa, quid incile, exponitur. *l.* 1. §. 2. 3. 4. *&* 5. *ff. de riv.* quid reficere, quid purgare §. 6. 7. 10. *&* 11. *l.* 2. *l.* 3. *pr.* §. 1. *eod.* WISSENB. *D.* 24. *th.* 13. VITRUV. *de archit. lib.* 8. *c.* 2. *n.* 35.

qui iis utitur, demonstrare non solum debet, se hoc anno usum esse servitute, sed & sibi servitutem, vel jus reficiendi competere *L.* III. §. XIII. *sq. Eod.*

*l*) DE his omnibus interdictis notandum, quod ad unum finem tendant, & solummodo a diversitate aquæ, quam ducere licebat, diversa nomina habeant. Nec hic quæstio de jure admiscebatur, sed factum sufficiebat, quo quis aquam duxerat. Unicum interdictum de aqua, ex castello ducenda, de quo Aphor. XV. loquitur, mixtum erat, cum privato citra Principis concessionem ex receptaculo publico aquarum aquam ducere non liceret, isque ideo concessionem, a Principe factam, demonstrandi onus in se recipere deberet. *L.* I. § *fin. de aqu. cottid. & æstiv.* Posses huc hodie referre turres & ædificia publica, *Wasser Kunste*, intra quæ aqua per regules hydraulicas in altum tollitur, ut deinde per canales cum civibus communicetur. Verum tamen hodie usus aquarum vix amplius a concessione Principis dependet, quare generatim, qui his interdictis utitur, id solum agere debet, ut factum possessionis, & factum turbativum demonstret, quo in possessione tueatur.

XVII. 3. DE aquæ haustu, & pecoris ad aquam appulsu. *l.* 1. §. 1. *&* 2. *ff. de font.* duo interdicta prohibitoria dantur ei, qui de fonte, lacu, puteo, (qui in imo est, uti fons in summo) piscina, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario, ab adversario aqua usus est. *l.* 1. *pr. &* §. 6. *ff. d. t.* Primum est, ne vis fiat, quo minus aqua ita utatur. *d. l. pr.* Hoc interdictum, directum scilicet ad ea sola pertinet, quæ aquam vivam & perpetuam habent. *l.* 1. §. 4. *d. t.* utile tamen etiam pro aquis cisternarum competit. FRIDER. *t.* 13. *n.* 7.

XVIII. SECUNDUM est, ne vis fiat ei, quo minus fontem, vel lacum, vel puteum, vel piscinam reficiat, ut aquam coercere seu continere utique ea possit; modo non aliter utatur, atque eo anno usus est. *d. l.* 1. §. 6. & de damno infecto caveat. *arg. l.* 3. §. 9. *ff. de riv. Pac. h. n.* 5.. vid. MOLIN. *d. D.* 705. *num.* 31. FRIDER *d. t.* 13. *n* 11. ubi etiam agit de vicinorum collatione ad fontes reficiendos.

XIX. 4. DE cloacis: est vero cloaca vel privata vel publica. De privata est interdictum, pertinens ad servitutes urban. *l.* 7. *ff. de serv.* quo vetat Prætor, ne vicinus vim faciat cloacas, i. e. incilia & canales, quibus colluvies effluit, per illius ædes ductas reficienti, aut purganti, vel etiam in publicum immittenti. *l.* 1. §. 9 *ff. de cloac.* modo damni infecti caveat. *l.* 1. *pr. &* §. 14. *d. t.* vid MOLIN. *d. D. n.* 23. Nec debet ipsa refectio & purgatio, cujus dilatio publico seu salubritati civitatum *l.* 1. §. 2. *d. t.* obesset, impediri, licet vi, clam aut precario cloaca quis utatur. *d. l.* 1. *§.* 7. RIPA. *tr. de pact. c.* 11. *t.* 2. ipsa vero cloaca, quam alter non jure habet, nihilominus postea denegatur. add FRIDER. *t.* 14. *n.* 12.

XX. DE cloaca publica est interdictum, quo Prætor jubet, ut, quod quis in cloaca publica factum, sive immissum habet, quo usus ejus deterior fit, restituatur, simulque interdicit, ne quid fiat, immittaturque. *d. l.* 1. *§.* 15. FRIDER. *d. t. num.* 7. *& seqq.* Novam vero cloacam in publico facere, is demum concedere debet, cui viarum publicarum cura est *l. f. d. t.*

XXI. VIOLENTAE & clandestinæ turbationes possessionis inhibentur per interdictum, quod vi aut clam [m], quo Prætor, quod vi aut clam factum est, scilicet per opera, ac immissionem in nostrum, restituere jubet. *l.* 1. *pr. ff. quod vi.*

XXII. DENIQUE recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi [n],

m) PRAESUPPONIT hoc interdictum, aliquid absque permissione antecedente vel privati *L.* III. §. III. *Quod vi aut clam.* vel principis *L.* III. §. IV. *Eod.* in re privati, nulla necessitatis vel utilitatis publicæ ratione exigente *L* VII. § IV. *sq Eod.* vi aut clam factum esse. Sigillatim in gratiam eorum inventum est, qui alteri, novum opus in sui præjudicium facienti, nunciaverant, si nunciatus nihilosecius opus perfecisset, eumque habebat effectum, ut destruendum iterum esset opus *L.* I. *pr.* §. I. *sqq. Eod.* Praeterea tamen ex paritate rationis extenditur ad casum, si quis contra prohibitionem fecit *L.* I. §. V. *Eod.* si quis, vi externa adhibita, destruxit *L.* VII §. V. *L.* XVI. §. I. *Eod.* si quis fecit aliquid, dum scire poterat, sibi controversiam de opere futuram, isque sigillatim clam facere dicitur *in L.* IV. *Eod.* Non tamen, quia famosum est, ob vim adhibitam, contra tertium possessorem, nec contra heredem, nisi ad eum effectum datur, ut potentiam tollendi operis præstet, cum & ipse faciens impensam præstare debeat, *L.* XVI. *D Eod.*

n) HOC interdictum iterum famosum est, & ob atrocitatem facinoris infamia minimum facti afficit, eoque tendit, ut, qui vi vel armata, vel metu armorum adhibito, ex re immobili,

per quod is, qui dejecit *, cogitur ei restituere possessionem licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possideat. *tot. tit. ff. de vi & vi arm. & C. unde vi §. 6. i. de inte d.*

XXIII. PERTINET huc etiam remedium, ex jure canonico *p* *c. redintegranda c. 3. q. 1.* quod datur omni, qui de re aliqua, seu mobili seu immobili, vi dejectus

quam vel civiliter vel naturaliter, corpore vel animo possidebat, dejectus esset, possessionem cum omni causa, id est, cum fructibus, accessionibus, praestatione damni, casus & interesse reciperaret. *L. I. pr. §. I. sqq. de vi & vi armata.* Contra tertium tamen non dabatur hoc interdictum, sed res ipsa potius vindicanda erat *L. VII. D. Eod.* Sed, utut jure Digestorum hoc interdicto solum uteretur, qui vi esset dejectus, Jure tamen Codicis & sigillatim in *L. V. & L. fin. C. unde vi L. fin. C. de acquir. poss.* hoc interdictum ad quamvis iniquam possessionis immobilium privationem extensum est, etiamsi vis non accesserit v. c. si per errorem aut incuriam domini loca alius mala fide possideat, vel per injuriam judicis aut ejus collusionem possessionem amiserit, vel possessionem, a procuratore vel alio, qui nomine domini possidebat, derelictam, mala fide occupaverit. Nec tamen opus est, ut ex textibus allegatis cum MENOCHIO *de recuper. possess. remed. II. sqq.* nova remedia eruamus, sed in genere tenendum est, quemvis, inique vel dolose possessione sua privatum, restituendum esse BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. IV. §. XXXVII.*

*o)* PRAESUPPONITUR vero, dejicientem rem alienam invasisse. Sic vero forsan, qui rem propriam, ab alio injuste possessam, invadit propria auctoritate, id licite perget? Minime. Sed hic ipse, quia leges non permittunt, ut via facti jus nostrum persequamur, amissione juris sui, si quod in re habet, punitur *L. XIII. D. quod met. caus. L. VII C. unde vi.* Aequissima est haec dispositio, nec majoribus nostris fuit incognita JUS PROV. SAXON. *Lib. III. art. IV.* SCHILTER. *Exerc. XL. §. X II.* Imo praeterea hos invasores, ob laesam securitatem publicam, puniendos esse ex JUR. PROVINC SAXON. *Lib. I. art. LIII. L. III. art XXXII.* JUR. PROVINC. SUEV. *cap.* CLXXVII. CLXXIX, CLXXXIV. colligimus, add. CARPZOV. *P. IV. Const. XXXVIII. def. II.* LEYSER. *Spec. DVII. med. XII. sqq.* Recte igitur hanc juris Romani dispositionem hodie in usum deducunt Doctores. Conf. STRUV. *de vindict. privat.* MEVIUS *P. I. Decis. XCV.* BRUNNEMANN, *ad L. XIII. D. quod met. caus.* Saxones vero hanc dispositionem negligere, reique solum, reservata proprietatis quaestione, restitutionem injungere, perhibet CARPZOV. *d. loc.* Sed in omnia alia eunt BERGER. *Elect. Discept. Forens. Tit. V. Obs. VI. p. 152.* HORN. *Diss. de die tricesimo §. L.* WERNHER. *P. I. Obs. CCIII.* Et recte, cum ista poena Legibus quoque Imperii sit approbata RECESS. IMP. *de an. 1521. Rubr. Wie es in Irrung der Possession & de anno 1572. Rubr. Cammergerichts §. XVI.* Interim, qui WERNHER. potuerit venire in mentem, ut *Supplem. Vol. VII. Observ. p. 214.* statuit, poenam illam locum solum habere, si invasae essent res alienae, non video, quia *L. VII. C. unde vi* disertis verbis de invasione rei propriae loquitur, dominumque amissione dominii puniendum jubet.

*p)* QUOD, rationibus rite subductis, idem illud interdictum Juris Romani, quod contra eum, qui, vi adhibita, dejicit, vel inique alienam possessionem suam facit, dici meretur. Nec enim aliud in allegato canone egit Jus Canonicum, quam, ut ea, quae in Jure Romano de Interdicto unde vi proponuntur, ad casum propositum applicaret, &, quod Jure Codicis jam factum erat, actionem omnibus iis, qui inique possessione sua essent privati, concederet. Nam, qui alium sibi canonis sensum fingunt, omnino errant. Illudque novum remedium de spolio, ante omnia restituendo, quatenus singulares in Praxi producit effectus, tantum abest, ut conforme sit Juri Canonico, quin re ipsa, repugnante & invito hoc jure, sit constructum, quod dilucide probat ZIEGLER. *in Comment. ad c. redintegranda* add. EJUSDEM *Praelect. ad tit. X. de restit. spoliator.* & BÖHMERI *Jus Eccl. Protest. Lib. II. tit. XIII. §. VII.* Quoasi enim jam tum temporis, quo canon iste innotuit, ea actionis spolii fuisset efficacia, quae nunc est, nescio ego, qui factum sit, ut post varia demum temporis intervalla Innocentius III. Pontifex in *cap. XVIII. X. de restit. spoliat.* interdictum unde vi contra tertium possessorem dejectionis conscium concederet. Et hoc etiam est, quod Jus Canonicum addidit Juri Romano. Reliqua omnia opinioni

eſt, ſeu cui alias quovis modo, ſine juſta cauſa, res ablata eſt, adverſus quemlibet ejus rei poſſeſſorem, quamvis ipſe non ſpoliaverit, nec etiam ſpoliationis ſit conſcius, ut res reſtituatur. FRIDER. *d. tr. cap. 9.*

XXIV. ANNECTEMUS hic ſimile interdictis remedium, quo damnum, poſſeſſioni ac rei noſtræ ab opere novo imminens, avertimus. Nimirum novi operis nunciatio eſt legitima prohibitio q alteri, contra priſtinam formam ædificium paranti, ab eo, cujus propter jus in re, quod habet, intereſt r id non fieri, facta, ne ædificando, vel etiam demoliendo pergat, usque dum de jure conſtiterit, aut eo nomine præſtita fuerit cautio. *l. 1. §. 12. ff. de nov. op. nunc.*

Interpretum originem debent. Horum tamen ſententiam, ut contrahamus in ſummam, actionem de ſpolio concedunt, quotiescunque per actum illicitum poſſeſſio aliena ſive rei mobilis, ſive immobilis, ſive juris, quocunque modo intervertitur, eo quidem effectu, ut perpetua ſit, & contra omnem poſſidentem, ſive dejectionis conſcium, ſive ignarum, etiamſi illi reverentia debeatur, locum ſibi vindicet, ipſeque ille, qui vitioſe vel alio modo rem detinet, ad rem, ſpoliato ante omnia reſtituendam, compellatur, ſpoliatus vero, ex alio capite a detantore conventus, judicium nunquam ante reſtitutionem ſuſcipere debeat, eoque nomine, licet de ſpolio actionem ipſe ſpoliatus non inſtituerit, ſpolium tamen in diverſa plane cauſa per modum exceptionis, litis ingreſſum impedientis, objicere poſſit *c. II. X. de ord. cognit.* modo tamen ſpoliatus, ſive agat, ſive excipiat, ipſam ſpolii exiſtentiam intra quindecim dies probet *c. I. de reſtitut. ſpoliat* in 6to. Nec hic quicquam intereſt, ſpoliantem jus liquido demonſtrare poſſe, nec ne. Nam indiſtincte, quia illicite egit ſpolians, ſibique privato auſu jus dixit, reſtitutio ipſi injungitur, etiamſi prædo ſit, qui ſpoliatus eſt *cap. V. X. de reſtit. ſpoliat.* quod ultimum & Juri Romano omnino convenit *§. VI. J. de interdict. L. XIV. de vi & vi armat.* Ut ſic fundamento deſtituatur ſententia contraria, quam defendit MENOCH. *de recuper. poſſeſſ. remed. I. n. 113.* STRAUCH *Recitat. public. ad L. VIII. de vi & vi armat.* HOPPIUS *ad d. §. VI. J. de Interdict.*

q) FIEBAT illa Romæ vel extrajudicialiter vel judicialiter. Ibi iterum vel nudis verbis, quando quis vel domino præſenti, vel, ſi ille copiam ſui non faceret, fabris reliquisque operariis nunciaret *L. XX §. I. quod vi aut clam,* vel interveniente ſymbolo, nempe per lapilli jactum *L. V. § X. de nov. oper. nunciat.* quam ſpeciem BRUNNEMANN. *ad d. Leg. V.* minus recte de disjectione materiæ, ad ædificandum paratæ, explicat. SCHILTER. *Exerc. XLII. th. XVI. ſqq.* Disjectio enim materiæ tertia ſpecies erat nunciationis, quæ fiebat per manum, & realis erat. Judicialis nunciatio fiebat, interveniente imploratione judicis, ut prohiberet, ne opus perficeretur. Nam, perfecto jam opere, inepte plane nunciabatur *L. I. §. I. de oper. nov. nunciat.* Verbalis nunciatio vero hodie plerumque erit inefficax. Melius itaque ſibi conſulit, qui per judicem nunciat, & mandatum inhibitorium impetret. Nam vim privatam adhibere, quod pro defenſione juris noſtri alias licet *L. XXVII. pr. de ſervit. præd. urban. L. I. §. V. Quod vi aut clam,* hoc in caſu regulariter prohibitum eſt, niſi hæc tria concurrant, I) ut opus novum in loco, cujus is, qui prohibet, poſſeſſor eſt, fiat, II) ut vis in continenti adhibeatur, III) ut judicis auxilium nondum imploravarit nuncians. LEYSER. *Spec. CCCCXXVI. med. III. ſqq.* Si vel unum deſit, vis illicita committitur, imo & pœna fractæ pacis publicæ, maxime, ſi, coadunatis hominibus, disjectio fiat, locum habere poteſt, ZIEGLER. *de jurib. majeſtat. L. I. cap. XXXIII. §. XXXVIII.* Ita etiam nuper reſponderunt JCti Jenenſes.

r) SIVE itaque dominus ſit, ſive jus ſervitutis aut pignoris habeat, recte nunciat. De eo tamen, qui ſervitutem perſonalem habet, JCti Veteres non conveniunt. Labeo & Marcellus negat in *L. I. pr. ſi uſusfr. petat.* Julianus affirmat in *L. un. §. IV. de remiſſion.* Ulpianus media via incedit, & in *L. I. §. XX. de nov. oper. nunciat.* uſufructuario, qui ſuo nomine nunciare vult, jus nunciandi denegat. Sin nomine proprietarii, tanquam procurator, concedit. Verum, & cum hoc in caſu mandato expreſſo non ſit opus, ſtatim in uſusfructus conceſſione inſinuatum adeſſe videatur, omnia ea agendi, ſine quibus fundi ſubſtantia conſervari nequit, facile patet, theo-

XXV. QUI facta nunciatione, nihilominus continuat opus, tenebitur illud, quod post nunciationem ædificatum est, suis impensis demoliri, vel interesse præstare, si eo contentus sit nuncians. *l.* 20. §. 1. *l.* 8. §. 3. *ff. d. tit.* FRIDER. *de interd. l.* 2. *C.* 32.

XXVI. AESTIMABIT autem ex circumstantiis judex [r], an cautio de opere demoliendo, restituendove, si apparuerit injuste ædificatum, sit admittenda, *l.* 20. §. 5. *d. t. l. un. C. eod. l.* 12. §. 7. *C. de ædif. priv.* GAIL. 1. *Obs.* 16. SCHWAN. *process. Cam. l.* 1. *c.* 11. *n.* 4. CARPZOV. 1. *resp.* 7. add. EXERC. NOSTR. *ad ff.* 39. *th.* 12.

ADD. *L.* 4. *Tit.* 15. *I. de interdict.*

reticam magis, quam practicam esse hanc observationem, add. SCHILTER. *Exerc. XLII.* §. *IX.*

r) JUDEX itaque causam summarie cognoscit, & primo in jus nunciantis inquirit. Quo facto, si frivolam fuisse nunciationem sentit, statim repellit nunciantem, & nunciatum perficere opus permittit *L. V.* §. *XIII. de oper. nov. nunciat.* Sin dubium sit, resque ex utraque parte ambiguitatem habeat, in arbitrio judicis est positum, utrum novi operis perfectionem prohibere, an nunciatum ad cautionem de demoliendo, si de jure alterius certo tandem constet, admittere velit. *L. unic. C. Eod.* Quod ultimum sigillatim fit, si vel Reipublicæ vel nunciati maximopere intersit, ut opus continuetur. *L. V.* §. *XI.* & *XII. D. Eod.* Et quamvis æquitas jubeat, ut nuncians super cautionis præstatione audiatur, ipsi tamen vix alia exceptio proderit, quam damni irreparabilis. add. CARPZOV. *Lib. I. Resp. VII. n.* 13. *sqq.* Si denique nunciantis jus vel liquidum vel admodum verisimile deprehendit, simpliciter injungit, ut nunciatus ab ædificando desistat, nec ad cautionem eum admittit BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Disp XVIII.* §. *III.* MEYER. *in Colleg. Argentor. tit. de nov. oper. nunciat.* §. *XV.*

LIBER

# LIBER III
# DE JURE AD REM ET OBLIGATIONE.

## TITULUS I.
## DE JURE AD REM ET OBLIGATIONE IN GENERE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Juris ad rem descriptio*. II. *Obligationis definitio*. L. 44. ff. t. 7. de obligat. & act. III. *Oritur obligatio ex facto obligatorio, nimirum 1. pollicitatione & voto, 2. conventione, 3. delicto*. IV. *Pollicitationis & voti descriptio*. L. 50. ff. t. 12. de pollicitationibus. V. *Conventionis divisio in pactum & contractum. Pacti descriptio*. VI. *Divisio*. VII. *Obligatio alia est naturalis, eaque vel minus plena vel plena, alia civilis*. VIII. *Constat conventio consensu inter duos*. IX. *Consensus duo habet principia, intellectum ac voluntatem*. X. *In personis itaque attendenda 1. facultas consentiendi, quæ aliquibus deest*. XI. *In quibusdam ob ætatem se non recte potest exserere*. XII. 2. *Status seu conditio personarum civilis*. XIII. *Objecta conventionum, res & facta*.

### APHORISMUS I.

Jus ad rem est facultas jure competens, qua ad rem præstandam, h. e. dandum aliquid, vel faciendum, aut aliquando patiendum, personam ex facto suo obligatam [a] habemus. *l. 3. pr. l. 25. ff. de O & A.*

II. OBLIGATIO igitur est juris vinculum [b], quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura. *pr. Inst. de oblig.*

a) JURA, quia qualitates sunt, per se non subsistunt, sed subjectum, cui insunt, desiderant; quod est vel res vel persona. Si itaque jus rei cohæret, jus in re adest, ipsaque res obligata est, eo effectu, ut ubicunque reperiatur, ille, cui jus competit, id ipsum persequi possit. Secus itaque est, si persona solum obligata sit. Tum enim jus ad rem solum adest, eo effectu, ut persona obligata præstet id, quod in obligatione est. Ipsa vero obligatio est ex lege, quæ vel mediate vel immediate imponit necessitatem, aliquid præstandi. Immediata obligatio, quatenus inter personas est, non præcise factum aliquod obligatorium præsupponit, sed adesse etiam potest, etiamsi nullum factum intervenerit. Ex quo fonte sigillatim actio ad exhibendum fluit. Lex enim hic ad æquitatem magis naturalem respicit, & ad regulam honestatis: quod tibi non nocet, & alteri prodest, ad id potes compelli, eamque ita approbat, ut externa obligatio inde oriatur. Nonnunquam factum quidem præsupponit, sed denuo id factum, tanquam causam solum remotam, seu conditionem sine qua non, considerat, ut nempe inde obligatio non per se & proxime, sed quasi per consequentiam, fluat, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Ex quo fonte iterum actiones *in factum*, pleræque condictiones, ut & obligationes ex quasi contractu, deducuntur. Mediata obligatio per factum aliquod obligatorium, cui lex vim obligandi tribuit, sive licitum sit, sive illicitum, contrahitur. Sic vero incipit vel a conventione, vel a delicto. *Sunt enim pacta servanda*. Et, qui delinquit, ipso facto se ad pœnam obligat. Atque hujus obligationis fundamentum fere unica hac regula absolvitur: Quæ ab initio sunt voluntatis, accedente facto obligatorio, fiunt necessitatis.

b) PAULO obscurius hic Auctor cum aliis loquitur. Res eo redit. Ante legem nulla est obligatio. Post legem statim adest obligatio. Cum itaque efficiat lex, ut, quæ antea meri arbitrii erant, nunc circumscribantur necessitate, merito dixeris, obligationem esse necessitatem, a lege vel mediate, vel immediate impositam, aliquid præstandi, omittendi vel patiendi. Inde

III. ORITUR jus ad rem ex facto obligatorio, quo quis alteri obligatur, ex quo ei, qui alium obligatum habet, jus ad rem competit, cujusmodi factum est triplex: 1.) pollicitatio & votum. *l. 2. l. 3. & tot. tit. ff. de pollicit. c. 3. & 6. x. de votis.* 2.) conventio; *l. 1. § 3. ff. de pact.* seu, specialiori nomine, pactum *l. 3. ff. de pollic.* 3.) delictum *l. 1. pr. ff. de O. & A. pr. Inst. de obl. quæ ex delict. nasc.*

IV. POLLICITATIO est spontaneum, solius offerentis, ex justa causa *l. 1. §. 1. & 2. ff. de pollic.* promissum. *l. 3. pr. ff. de pollicitat.* fitque vel Deo, & dicitur in specie votum [c]. *l. 2. de pollic. t. t. Decretal. de vot.* vel reipublicæ aut universitati *l. 3. §. 1. l. 4. d. t.* add. RENNEM. *de jur. oblig. D. 1. P. 1. th. 1. seqq.*

V. CONVENTIO de negotio civili dividitur secundum Leges Romanas in pactum in specie ita dictum, & contractum. *l. 1. §. 3. & 4. l. 5. 6. & 7. ff. de pact. l. 15. de P. V.* Pactum in specie dictum est duorum pluriumve in idem placitum conventio, destituta & nomine & causa. *l. 1. §. 2.* juncta *l. 7. pr. §. 1. & 2. ff. de pact.* [d]

VI. DISTINGUITUR pactum secundum Leges Romanas in nudum & non nudum. *l. 7. §. 4. l. 6. de pact. l. 15. ff. de P. V.* Pactum nudum dicitur, quod in simplicibus conventionum finibus subsistit. *l. 15. C. fam. ercisc.* Excedunt vero conventiones terminos nudi pacti vel secundum suam intrinsecam naturam, vel ob externam legis confirmationem, seu extrinsecam ejus assistentiam *l. 6. ff. de pact.* uti inferius explicabitur [e].

vero & hoc patet, nullam esse obligationem, nisi quam lex agnoscit, nec alia ratione quem obligationem in se recipere, quam quatenus ad præscriptum legis, observata forma, factum accommodavit. Quando enim lex negotium, certa forma adhibita, expediri jubet, ea neglecta, negotium ipsum non est obligatorium.

c) POLLICITATIO igitur & votum contra naturam pactorum, quæ mutuum consensum efflagitant, ex sola promissione, absque acceptatione obligant. Utrumque tamen negotium præsupponit factum aliquod licitum, animo deliberato, ex justa causa, & a persona, quæ sui juris est, & factum præstare potest, promissum. Et a voto sigillatim abesse debet opinio meriti STRYCK. *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. I. cap. VII. § I.* Votum etiam personam solum afficit, non rem. *L. II. pr. D. de pollicit.* Nec heredes e voto obligantur, nisi res ipsa in voto sit. *L. II. §. I. Eod.* Imo id etiam, credo, statuendum esse de pollicitatione, ut ubique respiciamus, utrum persona solum, an res in obligatione sit, & hic quidem, non vero ibi, obligationem ad heredes extendamus. Cæterum istiusmodi promissio, quæ vires patrimonii respicit, donationi æquiparatur, ideoque donator non tenetur, nisi in quantum facere potest, add. *L. IX. D. Eod.*

d) JURI naturali omnino convenit, ut omne pactum servetur, si modo verus, liber, & mutuus consensus in idem placitum adsit, promittens ipse voluntatem & facultatem sese obligandi habeat, ipsumque pactum de re honesta concipiatur. Sed cum istud Juris Naturalis decretum universale sit, & legislatoris humani providentiam non excludat, qua, ferente ita salute Reipublicæ, negotiis subditorum peculiarem formam præscribit, cognitu haud est difficile, pacta, quæ de Jure naturæ vere obligant, in Rebuspublicis, tamen non semper in foro externo producere obligationem, sed tum demum, si formam, negotio præscriptam, observaverint paciscentes. Idque in se spectatum nullam habet iniquitatem. Quare nec Romanorum Legislatorum institutum vituperationem meretur, quando pacta mox, si ex præscripto legum, &, adhibitis solemnitatibus, essent celebrata, efficacia, mox, si forma neglecta esset, irrita declarabant. Nil aliud enim est pactum nudum, quam cui forma legalis deerat, quodque ideo in foro obligationem & actionem non producebat, eique contradistinguebatur contractus, qui ex forma præscripta esset celebratus, eoque nomine obligabat. Postea tamen vis obligandi etiam cum quibusdam pactis communicata est, quatenus vel peculiari lege per se subsistebant, vel ex contractu antecedente, cui tanquam accessorium adjiciebantur. Sic vero ena,

VII. Effectus conventionum est obligatio, quæ distinguitur [e] in naturalem & civilem §. 1. *I. de fidejuss l.* 59. *ff. de condict. indeb.* Obligatio naturalis alia dicitur minus plena, quæ ex gratitudine dependet, *l.* 25. §. 11. *ff. de pet. hered.* alia proprie dicta, seu plena naturalis obligatio, qua quis naturali & gentium jure aliquid præstandum adstringitur. *d. l.* 59. *ff. de condict. indeb. l.* 64. *eod.* Huic obligationi naturali si accedat juris civilis approbatio seu confirmatio, est obligatio civilis §. 1. *I. de fidejuss.* Ista naturalis actionem per se non producit in foro civili, habet tamen alios effectus, uti suis locis dicetur.

VIII. Constat autem in genere omnis conventio consensu [f] inter duos de

ta est distinctio inter pacta nuda & non nuda, eaque vel legitima, vel adjecta.

e) Obligationem de Jure Naturali esse vel perfectam, vel imperfectam, per se patet. Sed imperfecta virtus est, & in foro effectus non producit, nec ob denegationem locum facit actioni, nisi quatenus a lege agnita, & in perfectam mutata est, quod diversa ratione factum esse in Jurisprudentia Romana, alibi jam docui. Ast sola æquitas per se, neque apud Germanos, actiones producit. Et, quando in variis casibus apud nos actiones, quæ in æquitate nituntur, admittimus, quas Jus Romanum nescit, id non inde est, tanquam sola æquitas sufficeret, sed magis a dispositione, vel juris Germanici, vel Canonici, quod præter Jus Romanum sequi solemus, dependet. Verum, nec, ubi perfecta de Jure Naturæ adesse videtur obligatio, Jus Civile statim actionem concedit, sed, quod diximus, nonnunquam auxilium denegat in foro, si, quæ a lege civili superaddita sunt negotiis, formalia, desunt. Imo, de Jure Romano multa videmus negotia ordinata, ipsisque obligationem tributam esse, quæ ne præsidium quidem in Jure Naturali inveniunt. Sic verbi causa jure antiquo, qui ad contrahendum dolose inductus, qui metu ad paciscendum coactus erat, nihilosecius obligabatur. Denique leges Civiles obligationem legis Naturalis nonnunquam pure confirmant. Inde vero in Jure nostro varii illi obligationis conceptus, & significatus oriuntur. Naturalis enim dicitur, quæ inter illos quidem, qui in statu naturali vivunt, vim cogendi externam operatur, vis autem ei in jure Civili non est superaddita. *L. XXXIV. §. I. de Regul. jur.* Ejusque exemplum de Jure Romano est in pacto nudo. Non vero plane vim obligandi adimit, ut promittens etiam in conscientia securus præstetur, sed denegat solum coactionem externam. Indeque etiam est, quod ipso jure Civili stricto illi, qui sponte præstitit, quod naturaliter debebat, denegaretur repetitio *L. X. de Oblig. & action. L. XXVI. §. XII. de condict. indeb.* Plures tamen ex Jore Prætorio, quod æquitatis naturalis fere ubique memor erat, accepit effectus, quos vide in Böhmeri *Jur. Digest. ad tit. de oblig. & action. §. IV.* Civilis erat, quæ auxilio Juris naturalis destituta, in solo jure Civili stricto nititur *§. III. J. de except.* Exemplum ejus occurrit in obligatione, metu contracta *L. XXI. §. V. D. quod met. caus.* add. Gundlingii *Diss. de efficientia metus cap. III. §. IV. sqq.* Hæc nostris moribus incognita, Romæ opinionibus prudentum originem debebat, usu fori roborata, sed Prætorum iterum artibus vigorem amisit, sigillatim per novum restitutionis in integrum inventum in figmentum & fabulam fere abiit. Mixta denique est, quæ ex Jure Naturali & Civili conjunctim oritur, dum utrumque ei actionem & exactionem concedit.

f) In genere enim omnis conventio est duorum vel plurium, qui voluntatem & facultatem se obligandi habent, in idem placitum honestum consensus, rite & specifice declaratus. Inde varia eliciuntur, I) Omnes paciscentes ita debere esse comparatos, ut in se spectati consentire possint, nec natura nec lege eos impediri. Non itaque paciscitur infans *L. XVIII. §. III. de Jur. deliberand.* non furiosus, non mente captus *L. I. §. XII. de oblig. & act. §. VIII. J. de inutil. stipul.* non ebrius Stryck. *de Cautel. Contract. Sect. I. cap. II. §. XII.* Non prodigus *L. XL. de Regul. Jur. L. XII. §. fin. de curator. dat.* II) Non sufficere, quem posse pacisci, sed, & facultatem paciscendi, & se obligandi, eum habere debere. Non enim valet pactum, nisi quatenus leges permittunt, ut quis se paciscendo obligare possit. Unde olim in servos & filios familias nulla cadebat obligatio, quamvis uterque olim tertium domino & patri obligare, & jure novo filiusfamilias etiam sibi obligationem acqui-

aliquo negotio civili. *l. 1. §. 3. de pact.* Non itaque ſufficit unius voluntas, ſed alterius acceptatio neceſſe eſt accedat *l. 55. ff. de O. & A. l. 10. ff. de donat.* Unde, quando literis negotium tractatur, requiritur, ut ab altera parte literæ fuerint acceptatæ, et ſi ſcribens ante acceptationem moriatur, nihil agitur. BERLICH. *Deciſ.* 37.

IX. CONSENSUS duo habet principia, intellectum & voluntatem, ſcilicet ut idem intelligant, ac idem velint contrahentes. Nullus itaque plane eſt conſenſus, quando error in ipſa re, de qua pactio initur, commiſſus. *l. 51. ff. de pact. l. 57. ff. de O. & A.* Officit porro intellectui & voluntati dolus. *tot. tit. ff. de dol. mal.* Denique non quidem ipſi voluntati & conſenſui, ſed libertati voluntatis obeſt metus. *l. 116. pr. ff. de R. I.*

X. IN perſonis itaque attendenda primo facultas conſentiendi, quæ ab uſu rationis, ſeu intellectus & voluntatis, dependet. Cum igitur in cœcis iſte rationis uſus non deficiat, recte illi paciſcuntur *arg. l. 9. ff. de adopt.* Similiter muti & ſurdi conventiones poſſunt celebrare, ubi non opus eſt ſermone. *l. 4. §. 1. ff de pact. l. 48. ff. de O. & A.* modo mentem ſuam per ſigna vel literas exprimere poſſint, alias opus eſt curatore. *§. 4. I. de curat.* Deficit vero intellectus & voluntas in furioſis & mente captis, quorum negotia ſolus curator, re ita exigente, expedit. *l. 5. l. 40. ff. de R. I.* Aſſimilatur furioſo extreme ebrius. *arg. c. 14. x. de vit. & honeſt. cleric.* præterea deficit conſenſus in prodigis, quibus ſcilicet a Magiſtratu bonis interdictum, hi aliis ſe non obligant, niſi curatoris autoritate. *d. l. 40. ff. de R. I.*

XI. NONDUM ſeſe recte exſerit ob ætatem intellectus & voluntas in impuberibus; & quidem infans, ſeu ſeptennio minor, nec ſe naturaliter, nec ſibi civiliter alium obligat, *§. 10. ff. de inutil. ſtip.* tutor tamen ex æquitate ipſorum nomine negotia celebrat. Infantiæ proximus alium quidem ſibi civiliter, ſed ſe ipſum ne naturaliter quidem obligat, *d. §. 10.* Pubertati proximus & ſibi alium civiliter, & ſe naturaliter obſtringit. Puberum vero ſeu minorum conſenſus eſt perfectior, *§. ult. I. qui & ex quib. cauſ.* ideo ipſi celebrare poſſunt conventiones, hodie tamen deſideratur curator. vid. *Lib. I. Tit. XXIII. aph 3. in fin.*

XII. DEINDE in perſonis attendendus ſtatus: & quidem ſervus ex ſua perſona non poteſt civiliter obligari, nec obligare. *l. 21. §. 1. ff. de pact. l. 14. ff. de O. & A. l. 6. C. de judic. l. 22. pr. de reg. jur.* naturaliter tamen ſervus obligat, & obligatur. *d. l. 14. de O. & A. l. 41. ff. de pecul. l. 13. pr. ff. de condict. indeb.* Domini vero conditionem paciſcendo meliorem facit ſervus, eique exceptionem, vel obligationem acquirit. *l. 17. in fin. l. 18. l. 19. l. 21. §. 1. l. 59. ff de pact. §. 3. I. per quas perſ. cuique acq.* ſed deteriorem domini conditionem facere non poteſt, nec eum invitum obligare *l. 28. §. 2. ff. de pact. d. §. 3. I. d. t.* Porro filiusfamilias conventione ſua prodeſt patri.

rere poterat. Eodem modo pupilli quoque & minores ſuam conditionem paciſcendo meliorem quidem, non vero deteriorem reddebant, quæ juris capita jam alibi perveſtigavimus. III) Impediri efficaciam pacti per ea, quæ conſenſum impediunt. Conſenſus vero non adeſt, quando paciſcentes non idem intelligunt, non idem volunt. Et ſic dolus, ſic metus, ſic error in ſubſtantialibus conſenſui obeſt. IV) Conſenſum debere eſſe ſpecificum, ad certum objectum directum. Indeterminata locutio, indiſcreta promiſſio non obligat. V) Conſenſum eſſe debere mutuum. Unius enim promiſſio abſque alterius acceptatione non obligat, nec obligat prius, quam accepta-

XIII. Deducuntur in conventionem res & facta, in quibus requiritur 1.) ut sint in rerum natura seu actu, seu potentia[a]. *l.* 8. *ff. de contr. emt.* 2.) ut sint in commercio[b]. *l.* 83. §. 5. *ff. de V. O.* Facta opportet sint 1.) possibilia[i]. 2.) honesta & licita[k]. Add. *L.* 3. *Tit.* 14. *I. de obligation.*

## Titulus II. De Pactis in Specie.

S u m m a r i a.

Aphor. I. *Pacti nudi descriptio*. L. 2. ff. t. 14. de pactis. II. *Pacti non nudi descriptio.* III. *Divisio in legitimum*. IV. *Et adjectum*. V. *Et quidem vel de substantialibus vel de naturalibus contractus*. VI. *Pactum circa substantialia adjectum*. VII. *Pactum circa naturalia adjectum.*

I. Pactum nudum, ut diximus, est, quod in simplicibus conventionum finibus subsistit. Hoc licet secundum jus canonicum & mores nostros actionem producat efficacem[l], Carpzov. *p.* 2. *C.* 19. *d.* 17. tamen ob intellectum & expli-

tio categorica adsit *L. LV. de obligat. & action.* VI) Consensum debere rite esse declaratum. Quod fit, vel verbis, vel factis. Nonnunquam tamen lex consensum præsumit magis, & fingit, quam requirit. De quo infra videbimus. VII) Consensum debere esse certum & indubitatum, & susceptum denique VIII) de re, in nostra potestate posita.

*g*) Valet itaque pactum de re sperata, ut & de spe. Rem speratam nominamus, quæ ex operatione naturæ existere debet v. c. fructus. Et de ea pactum simpliciter valet. Spem vocamus, cujus existentia a solo casu & fortuna dependet. Et de ea pactum obligationem operatur, vel simpliciter, quando non certam rem speravimus, vel secundum quid, si exstat res, quam speravimus. Adde Stryck. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. III. §. IV.*

*h*) Quae itaque commercium hominum & privatorum plane effugiunt, nec pacti objectum unquam esse possunt. De iis, quæ in quorundam solum commercio esse non possunt, licet cum ea personis pacisci, quæ possessionis & dominii hujus rei capax esse potest.

*i*) Impossibilium nulla est obligatio, modo tamen impossibilitas adfuerit tempore contractus. Sin superveniat ex culpa promittentis, hic non liberatur sed interesse præstare debet. Mevius *P. III. Decis. CCCLXVIII.* Brunnemann. *ad L. V. D. de reb. credit.*

*k*) Deest nempe vis coactiva, ut promittens factum inhonestum impleat. Non tamen tale pactum liberat a pœna, ad quam uterque, & promittens, & acceptans, se obligat. Præterea tamen, & hoc addam, necesse est, facta debere esse propria. §. *III. J. de inutil. stipul.* Factum enim alienum nemo promittere, sed se obligare solum potest, ad diligentiam præstandam, ut alter faciat. Porro debent esse utilia acceptanti. Pacta enim utilitatis humanæ causa ineuntur. Si igitur nulla ex iis in alterum utilitas redundat, promittens ad ea servanda non obligatur. Denique esse debent privati arbitrii. Legem prohibitivam pactionibus immutare non licet. *L. V. §. XIV. L. XXXVIII. de pact.* Imo generatim pactum contra legem, etsi de re conceptum, non valet. Esse autem leges prohibitivas, quæ & pactiones de rebus interdicunt, discimus ex *L. V. C. de procurat. L. XV. & ult. C. de pact.*

*l*) Ita communiter. Et certe negari nequit, Germanos semper æquitatis & simplicitatis Juris Naturalis magis memores fuisse, quam Romanos. Præterea & hoc dandum est, eosdem differentiam istam inter pacta & contractus, Romanis propriam, eo in sensu, quo his vaniebat, cum ipsa formularum cantilena, istius distinctionis unico fere fundamento, feliciter ignorare. Verum enim vero, si dicendum, quod res est, vereor omnino, ne nimis liberaliter Interpretes afferant, Germanis omne pactum, quod in simplicibus conventionum finibus subsistit, obligatorium esse. Nam habent Germani etiam peculiares pactorum formas, in variis negotiis, valide perficiendis, præcise adhibendas, & plus simplici vice promissis nudis, utut omnibus requisitis, quæ Jus naturæ postulat, munitis, præsidium in foro denegant. Mox publicam auctoritatem

cationem juris Romani, & rectius percipiendam naturam contractuum, præsertim innominatorum, ejus differentia a non nudo pacto adhuc est notanda [m]. vid. EXERC. NOSTR. *ad Dig. VI th.* 17. *&* 32.

II. PACTUM non nudum seu vestitum est, cui, ultra simplices fines conventionis, vis aliqua civiliter & efficaciter obligandi extrinsecus accedit. *l.6. l.7. §.5. ff. de pact.* Accedit vero extrinsecus quid vel per legem singularem, vel per participationem contractus, cui adjicitur.

III. PACTUM legitimum est, quod speciali aliqua lege confirmatur & adjuvatur, indeque effectum habet. *l.6. ff. de pact.* ut 1.) pactum constituti *l.1. & tot. tit. D de const. pecun.* 2.) pactum hypothecæ *l.1. pr. ff. de pign. action.* 3.) pactum dotis *l.6. C. de dot. prom.* 4) donationis pactum *l.35. §. ult. de donat.* de quibus suis locis.

IV. PACTUM adjectum dicitur, quod contractui additur in continenti, indeque, lege ita disponente, vires participat, *l.7. § 5. ff. de pact.*

V. ADJICIUNTUR vero pacta vel de substantialibus, vel de naturalibus contractuum [n]. Dicuntur substantialia contractus, quæ ad istius essentiam spectant, ac si-

& causæ cognitionem accedi, mox juramento contractum perfici jubent. Ut non dubitem, quin pacta nostris quoque moribus in simplicia & legitima distinguenda sint, posteriora vero non valeant, nisi forma, quam lex præscribit, ipsis superaddita sit.

*m*) UT igitur demum constet, in quonam contractus a pacto sese distinxerint Jure Romano, paucis tene: Contractus vocatos fuisse, qui habebant nomen & causam. Nomen habere dicebantur, quia actionem sui nominis, ratione formulæ agendi in albo Prætoris ordinatam, producebant. Causam habebant ideo, quia solemni quodam ritu & conceptis verbis iniebantur, adhibitis formulis, in perficiendo negotio præscriptis. Quæcunque ergo conventio nec actionem sui nominis producebat, nec solenniter iniebatur, pactum erat. Sed tamen ab his contractus innominati iterum distinguebantur. Erant enim origine sua pacta nuda. Nam neque nomen specificum neque causam habebant. Sed tamen, si, qui quid promisisset, id alteri parti præstitisset, a traditione & implemento ipso negotium, tanquam ex re, obligationem assumebat, eo effectu, ut alter contrahentium etiam cogi posset ad implendum. Et eo respectu suo modo nomen habebant, non specificum quidem, sed generale, sive circumscriptum, ut actio, uti vocabant eam Romani, præscriptis verbis oriretur.

*n*) HAEC ipsa observatio de substantialibus, naturalibus, &, quod addendum, de accidentalibus negotiorum, in doctrina conventionum insignem habet utilitatem. Substantialia enim essentiam negotiorum ita ingrediuntur, ut unice differentiam specificam conventionum inter se constituant, atque, cum salvo negotio abesse nequeant, quotiescunque absunt, vel ipsum negotium invalidum efficiant, vel, si contrahentium consensu abesse jubeantur, ipsum negotium in aliud plane diversum degenerare faciant. Naturalia essentiam negotii non ingrediuntur, nec, si absint, contractum in aliam formam transmutant, negotio tamen ipso ita cohærent, ut etiamsi partes nihil de iis dixerint, tacite tamen de iis cogitasse, & se ad ea obligasse videantur ex natura negotii, ideoque opus sit, ut, si ea agnoscere nolint, pacto peculiari interveniente, se ab obligatione liberent. Accidentalia denique nec ad essentiam negotii pertinent, nec negotio cohærent, sed, ut adsint, pactis effici solet, quæ duplicem plerumque finem habent, ut nimirum, vel contrahentes sibi invicem obligationem, quæ contractui per se inest, remittant, vel se fortius obligent, & contraventioni tempestive occurrant, quantumque fieri potest, damnum avertant. Huc vero quam maxime Jurisprudentia cautelaris pertinet, quam STRYCKIUS in gratiam contrahentium, testatorum, & eorum, qui jurare necesse habent, peculiaribus Commentariis illustravit. Sunt enim cautelæ nihil aliud, quam consilia & regulæ prudentiæ, ad avertendum damnum adhibitæ SCHILTER. *Exerc.* I. § II. *sq.* atque arbitrio privatorum simpliciter relictæ, modo tamen a fraude & cavillationibus abstineant, nec alterius contrahentis decipiendi causa iisdem utantur STRYCK. *de Cautel. Contract, Sect.* I. *cap.* I.

ne quibus is ſubſiſtere nequit: naturalia vero contractus ſunt, quæ contractibus, etſi non exprimantur, ſecundum ipſam legis diſpoſitionem regulariter inſunt, ( *Was die Art und Natur einer Handelung mitbringet, wanns gleich nicht ausdrücklich bedinget.* ) conventione tamen partium abeſſe, vel mutari poſſunt. *l.* 11. *§.* 1. *ff. de act. emt. & vend.*

VI. Pactum circa ſubſtantialia adjectum aut eſt contra jura, & non valet. *l.* 27. *§.* 3. *ff. de pact. l.* 12. *ff. de precar.* aut juri non contrariatur; & quidem vel hoc 1.) transformat contractum in alium, ſi nimirum nomen quidem contractus aliud adhibeatur, ſed per pactum alia contractus forma exprimatur°, vid. *l.* 6. *§.* 1. *ff. de action. empt. §. ult. I. de mandat.* vel 2.) contractus quidem alteratur, ſed non plane alius conſtituitur, exemplum eſt in *l.* 24. *l.* 26. *§.* 1. *ff. depoſ.* vel 3.) ejusmodi pacto ſecundum eſſentiam contractus quid ſolum determinatur. vid. *§.* 1. *&* 2. *I. de ſocietat.*

VII. Pactum circa naturalia in continenti adjectum ita ineſt contractui, ut ipſam contractus naturam formet, augeat, minuatve p, *l.* 7. *§.* 5. *ff. de pact. l.* 13. *C. eod.* adeoque actio ex illo contractu, cui adjicitur, datur. *dd. text.* ex intervallo autem adjectum retinet naturam nudi pacti, adeoque exceptionem ſolum parit. *dd. text.*

§. VIII. *ſq.* De cautelis enim, ad hunc finem comparatis, & ſimilibus iis, quas Coepolla damnando inſtituto publici juris fecit, recte aſſerunt Doctores, quod in hac vita ad gloriam, in futuro ad gehennam ædificent Brunnemann. *in Proc. Inquiſ. cap.* VIII. *membr.* I. *n.* 57.

o) His in caſibus tamen, negotium inter partes geſtum, non ex natura contractus, cujus nomen expreſſerunt, ſed ex natura contractus, qui revera ſubeſt, dijudicandum venit. Simulationem enim conventiones non admittunt eo effectu, ut plus valeat, quod ſimulatum, quam quod vere geſtum eſt. *L.* LIV. *D. de obligat. & actionib.* Nam in duplici ſolum caſu ſimulatio præfertur veritati, 1) ſi pactum initum ſit, alio nomine adhibito, de re, quæ ob antiquitatem toleratur magis, quam approbatur. Sic v. g. Emtio venditio gerada, uno nummo facta, quamvis re ipſa donatio ſubſit, tamen ut emtio venditio valet, 2) ſi res alio modo non poſſit habere effectum. Exemplum eſt in *L.* LXVI. *de jur. dot.* Alias negotium, quod geri ſimulabatur, ipſo jure nullum eſt *L.* VI. *C. ſi certum petat. L.* XXI. *C. de transact. L.* LVI. *de judic.* & id ſolum, quod vere geſtum eſt, ſubſiſtit, quatenus non tendit in fraudem legis prohibitivæ *L.* III. *&* IX. *C. de contrah. emtione.* add. Cocceium *Diſſ. de ſimulatione.* Verum hæc locum ſolum habent inter ipſos paciſcentes. Nam, ſi tertii intereſſe concurrat, pactum, ejus decipiendi cauſa initum, nihiloſecius ſervandum eſt, quatenus tertio prodeſt. *L.* XXX. *C. de transact. L.* IV. *C. de revoc. donat. L.* LXXXIV. *de jur. dot.* Leyser. *Spec* XLII. *med.* V.

p) Caveant vero ubique partes, qui pactis ejusmodi ſibi proſpiciunt, atque utilitatem, quæ naturæ negotii adverſa eſt, quærunt, ne obſcure loquantur. Nam, quamvis, ſi ſenſus dubiam admittat interpretationem, leges velint, ut non præciſe verbis inhæreamus, ſed ad id, quod actum eſt inter partes, ſive ad intentionem, reſpiciamus *L.* XXXIII. *de contrah. emtion. L.* III. *de reb. credit. L.* CXXV. *de verbor. ſignificat,* ſi tamen ambiguitas exitum invenire non poſſit, contra eum ſit interpretatio, qui clarius loqui debuiſſet. *L.* XCIX *pr. de Verbor. Obligat.* Quisnam vero ſit ille, qui clarius loqui debuiſſet, inter Doctores non convenit. Böhmerus in pec. *Diſſ. de interpretat. fac. contra eum, qui clarius loqui debuiſſ.* eum nominat, qui extraordinariam & ſingularem quærit utilitatem. Leyser. *Spec.* XLI. *med.* IV. contra eum pronunciat, qui verba pacti concepit, aut mentem explicare debuit, idque tamen obſcure fecit. Sed, ſi quid video, vera inter Viros Illuſtres non intercedit pugna. Non enim neceſſe eſt, ut quis mentem explicare ſtudeat, niſi, qui aliquid, quod contractui per ſe non ineſt, paciſcitur, vel ſe obligationi, quam ex natura negotii ſuſcipere debebat, ſubducere intendit, eoque ipſo ſingularem & extraordinariam utilitatem quærit. Nam & de hoc caſu *L.* XXXIX. *de pact. L.* XXXIV. *de contrah. emtion. L.* XXXVIII. *§.* XVIII. *de Verbor. Oblig.* quas allegat Leyser, explicandas eſſe, certo certius

# TITULUS III. DE CONTRACTIBUS IN GENERE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Contractus definitio.* II. *Diviſio in proprios & quaſi contractus: quorum illi ſunt vel nominati, vel innominati.* III. *Iſtarum ſpecierum differentia.* IV. *Praeterea dividuntur contractus in bonæ fidei & ſtricti juris.* V. *Item alii ſunt μονόπλευροι alii δίπλευροι.* VI. *Summa capita, in omnibus contractibus attendenda.* VII. *Præſtatio damnorum in contractibus eſt; quæ vel dolo, vel culpa, vel caſu eveniunt.* VIII. *Doli deſcriptio. Hic in omnibus contractibus præſtandus.* IX. *Culpæ deſcriptio.* X. *Diſtinctio. Latæ culpæ deſcriptio.* XI. *Hæc, quoad damna reſarcienda, æquiparatur dolo.* XII. *Levis culpæ deſcriptio.* XIII. *Leviſſimæ culpæ deſcriptio. Hujus præſtatio deſignatur, cum diligentia exigitur.* XIV. *Regula de præſtanda culpa in contractibus; I. In depoſito dolus & lata culpa.* XV. *II. In aliis plurimis culpa & diligentia præſtanda.* XVI. *Præ aliis diligentia exacta deſideratur in commodato, locata opera, ut & ſuſcepta cuſtodia.* XVII. *In ſola ſocietate, eique cognata rerum communione non requiritur diligentia exacta.* XVIII. *Caſus fortuiti deſcriptio.* XIX. *Diviſio.* XX. *Res caſu perit ſuo domino.* XXI. *Res debita perit illi, cui debetur.* XXII. *Pactis adjectis aliquando aliter diſponitur, tum circa culpam, tum circa fortuitos caſus.* XXIII. *Etiam periculum præſtandum eſt, ſi dolus aut culpa caſum præceſſerit.* XXIV. *Quid circa ignorantiam notandum.* L. 22. ff. t. 6. de jur. & fact. ignorantia. XXV. *De ignorantia juris regula prima.* XXVI. *Secunda.* XXVII. *Regula de ignorantia facti, quæ prodeſt:* XXVIII. *Non tamen ſupinæ ignorantia.* XXIX. *Contractus ineuntur vel pure.* XXX. *Vel die adjecto.* XXXI. *Vel ſub conditione.* XXXII. *Aut addita pœna.* XXXIII. *Contractus in arbitrium tertii poteſt conferri.*

I. CONTRACTUS (*vid. Tit. 1. aph. 5. h. l.*) eſt conventio, conſtans propria vi civilem obligationem & actionem producendi, *l. 7. pr. ff. de pact.* ſeu, ut alii dicunt, contractus eſt conventio cum cauſa, *l. 7. §. 1. & 2. ff. de pact.* ſeu conventio, habens in ſe negotium aliquod. *l. 15. ff. de P. V.*

II. ILLA nimirum vis, cauſa, ſive negotium eſt id, quod operatur obligationem, in foro Romano efficacem, & inde dividuntur contractus in proprios, & quaſi contractus [q]. Proprii iterum vel ſunt nominati, vel innominati.

eſt. Cæterum commodum, atque emolumentum, quod ex pacto adjecto ſperat paciſcens, regulariter ad ejus heredes tranſit. Quilibet enim pro ſe & heredibus paciſci præſumitur *L.* XVII. *L.* LII. §. I. *de pact.* omneque pactum in dubio reale magis, & ſucceſſoribus proficuum, quam perſonale, eſſe videtur, etiamſi paciſcentes de ſe tantum ſint locuti, ut ſic, ne heredes emolumenti participes fiant, pacto affici debeat. *d. L.* XVII. §. III. *de pact.* Quod tamen tamdiu ſolum verum eſt, quamdiu de contraria paciſcentium voluntate non conſtat, nec tale negotium inter paciſcentes ordinatum eſt, quod natura ſua perſonam non egreditur. Sic, quæ ad perſonas expreſſe reſtringuntur, vel ad dies vitæ ſolum conceduntur, procul dubio exſpirant. Pari ratione, ubi perſonæ induſtria eſt electa, vel, ubi lex perſonæ ſolum commodum aſſignat, heres & ſucceſſor exceptus eſt.

q) HI contractus non ratione obligationis ſunt diverſi, diverſum tamen obligationis habent fundamentum. Quamvis enim in utraque ſpecie a conſenſu incipiat obligatio, proprii tamen verum, id eſt, expreſſum, vel tacitum ex utraque parte, quaſi contractus ex altera parte verum, ex altera fictum, ſive præſumtum conſenſum præſupponunt. Verus conſenſus expreſſe per verba, vel ſigna, quibus homines regulariter ad conſenſum declarandum utantur, interponitur. Tacitus conſenſus æque verus eſt conſenſus, qui tamen colligitur ex factis, ad conſenſum inferendum aptis, aut ex ſilentio, iis in caſibus, quibus alicui a lege neceſſitas contradicendi, & contrariam voluntatem declarandi, erat impoſita. Cæterum uterque conſenſus voluntatem & facultatem conſentiendi in contrahente prærequirit, ut ſic certo certius ſit, eum, qui expreſſe conſentire nequit, nec tacite conſentire poſſe. Plane alia ratio eſt ficti, ſive præſumti conſenſus. Ille enim non eſt conſenſus, ſed talis eſſe fingitur ſolum. *L.* IV. *D. de pact. L.* VII. *D. in quib. cauſ. pign.*

III. IN

III. In propriis, iisque nominatis, contractibus causa est nomen, seu peculiaris & definita forma contrahendi. *d. l. 7. §. 2. ff. de pact.* in contractibus vero innominatis causa producendi obligationem est ipsa datio seu factum, uti inferius explicabitur: in quasi contractibus ipsum factum, ex quo lex civilis consensum inducit, causam constituit, seu negotium, & inde fluentem vim propriam civiliter obligandi. *tot. tit. I. de O. qua quas. ex contr. nasc.*

IV. Praeterea dividuntur contractus in bonæ fidei & stricti juris [r]. Illi dicuntur, in quibus alter alteri ex bono & æquo quid præstare debet, licet verbis non

*tacit.* Caditque idem ille in eos etiam, qui neque voluntatem neque facultatem consentiendi habent, v. c. in infantem, in furiosum. Obligat quoque absentem & ignorantem. add. *L.* XLVI. *de obligat. & action. L.* LXVI. *in fin. de obligat. L.* I. §. XV. *de possess.* Est autem iste consensus ex lege, quæ, dum præsupponit, aliquem alterius non consentientis, absentis vel ignorantis, utilitatem gerere, præsumit etiam, eum, cujus utilitas promovetur, non dissensurum, neve hic ipse cum alterius damno locupletior fiat, obligationem quasi ex ipsa re oriundam imponit. Quod fundamentum est quasi contractuum, uti vocantur in Jure Romano. Ut sic errent omnino, qui, taciti & præsumti consensus eandem esse naturam, autumant. Nam præterea, quod in modo declarandi, in personis contrahentibus, in diversitate obligationis, aliisque pluribus, magna fit differentia, effectus etiam utriusque consensus diversus est, cum tacitus consensus, ut diximus, proprium & verum, præsumtus vero quasi contractum producat. Idque ipsum argumentum late prosequitur Thomasius *Jurisprud. div. Lib. II. cap. VII n. 24 sqq.*

[r]) Quod hanc distinctionem attinet, in eo omnes conveniunt, usum ejusdem in dijudicandis innumeris juris Romani capitibus sat insignem esse, remque eo redire, quod in bonæ fidei contractibus alter alteri non in id tantum obligetur, quod expresse placuit, sed æquitatem naturalem quoque in iis, quæ non expressa sunt, agnoscere, de mora, in præstando commissa, respondere, & usuras solvere debeat, ideo vero judicem ex officio æquitatem in decidenda controversia respicere posse; Cum e contrario in stricti juris contractibus, nil, nisi quod expresse scriptum, vel ore nuncupatum est, præstandum sit, nec judex hic ultra conventionis verba quid adjudicet. Verum enim vero, quinam contractus ad hanc illamve classem pertineant, & quodnam verum distinctionis fundamentum sit, non una Interpretum sententia est. Qui differentiam ab antiquis formulis repetunt, quas Prætor, lite de quodam negotio existente, præscribebat judicibus pedaneis, conf. Heineccii *Antiquit. Rom. ad tit. J. de action.* non errant quidem, sed argumento ipsi non satisfaciunt, cum adhuc res maneat indecisa, quinam contractus stricti juris, quinam bonæ fidei fuerint. Nam de eo jam constare debebat, antequam formula litem decidendi præscriberetur. Qui ad obligationem bilateralem confugiunt, & inde qualitatem bonæ fidei derivant, omnesque ideo contractus bilaterales bonæ fidei, unilaterales stricti juris nominant, illi non vident, negotia, ob quæ condictiones locum habent, unilateralia quidem esse, & tamen ex bono & æquo æstimari, ac in sola æquitate præsidium invenire, vid. *L. XIV. L. XV. pr. L. LXVI. D. de condict. indebit. L. XXXII. de reb. credit. L. III. §. VII. L. V. §. III. de condict. caus. data caus. non secut.* Quopropter rectius cum Böhmero *introd. de action. Sect. I cap. III. § XX. sq.* dixeris, istam distinctionem desumendam esse a diversitate negotiorum, quæ Romæ, vel iis, ut naturalis ratio exigere videbatur, inter contrahentes expediebantur, vel secundum formam & indolem, quam a solo jure Romano acceperant, perficiebantur. In quibusdam enim negotiis, quæ apud omnes gentes obtinebant, omnem rem ex æquitate æstimabant, eademque naturales præstationes habere, & ex bona fide descendere, dicebant *L. VIII. D. de capit. min. L. LVII. de contrah. emt.* In aliis certam verborum solennitatem, & formularum cantilenam adhibendam, injungebant, eaque, cum juri Romano, quæ tali, propria erant, id etiam singulare habebant, ut omnis vis obligandi ex formula dependeret, ad hanc unice respiceretur, & promittens ultra id, quod in formula erat, vix condemnaretur. Illa igitur bonæ fidei, hæc stricti juris dicebantur. Illa naturalibus, hæc civilibus & solemnibus conventionibus annumerabantur. Ipsa autem illa ci-

ſit expreſſum, cum cenſeatur conventum de eo, quod communiter & veriſimiliter ſenſerunt contrahentes, vel de iis, quæ communiter inſunt negotio celebrato, ut ſunt omnes contractus, qui conſenſu ineuntur. add. §. 28. *&* 29. *I. de action.* hi ſunt, in quibus id ſolum debetur, quod verbis expreſſum. *l.* 99. *pr. ff. de V. O.*

V. Denique contractus alii dicuntur *μονόπλευροι*, ſeu unilaterales, alii *δίπλευροι*, ſeu bilaterales, *pr. I. de autor. tut.* Illi ſunt, qui ex uno tantum latere obligant, ſeu ex quibus unus ſolum obligatur, alter non ideoque & uni ſolum contra alterum datur actio, ut ſunt mutuum, chirographum & ſtipulatio. *Δίπλευροι* ſeu bilaterales iterum ſunt duplicis generis: quorundam enim natura hæc eſt, ut ambo contrahentes ſibi invicem ad quid præſtandum æque principaliter obligentur, ut ſunt emptio venditio, locatio conductio & ſocietas, adeoque oritur etiam inde actio utrinque directa: quidam vero ita ſe habent, ut unus ſit principaliter obligatus, alter ex accidenti ſeu ſecundario, adeoque in eum, qui principaliter obligatus eſt, datur etiam principalis ſeu directa actio, adverſus alterum vero, qui ex accidenti ſeu ſecundario tenetur, aliquando actio contraria [s]. Hujus generis ſunt mandatum, commodatum, depoſitum, pignus, tutelæ & negotiorum geſtio.

VI. In omnibus contractibus hæc capita ſunt bene attendenda 1.) perſonæ contrahentes, 2.) res de qua contrahitur: Ubi notandum, quod regulariter de re propria ſolum contrahamus, aliqui vero contractus admittant etiam rem alienam [t], ſi nimirum, & quatenus poteſt res aliena id præſtare, quod contractus requirit, 3.) forma contrahendi, 4) obligatio inde fluens, 5.) actio, qua id, quod ex obligatione nobis debetur, perſequimur, quæ eſt perſonalis, ejusque duæ ſunt notæ 1. quod oriatur ex jure ad rem, ſeu ex obligatione, 2. quod detur contra eum ſolum, qui nobiſcum contractum init [u]. *§. 1. I. de action.*

vilia negotia, vel verbis ſolemnibus ore nuncupatis, vel per ſcripturam expreſſis, perficiebantur, ceu ex *L. II. D. de oblig. & action.* clare conſtat. Ad ea pertinebat ſigillatim ſtipulatio, acceptilatio, ſponſio, dotis dictio. Ad hæc nominum obligatio. Sic vero apparet, in uſu diſtinctionis illius dijudicando unice ad id reſpiciendam eſſe, anne negotium Romæ ex concepta formula, an ex conſenſu magis, quam ex ſcriptura, aut verborum cantilena, obligationem produxerit.

s) Ea generatim tendit ad indemnitatem conſequendam, ſi alter contrahentium ob conſervandam rem, quam reſtituere debebat danti, vel ob factum, quod in utilitatem alterius expediebat, impenſas facit, quas ex natura negotii de ſuo ſubminiſtrare non debebat, aut alias, dum res alterius curabat, damnum perpeſſus eſt.

t) Poteſt enim, ut diximus alibi, objectum conventionum eſſe, quæ non tendunt ad translationem dominii. Et eatenus, ſalvo jure dominii veri, ſubſiſtit conventio inter contrahentes, ut ſibi invicem, ubi de re reſtituenda agitur, non poſſint objicere exceptionem deficientis dominii. Dominium autem rei alienæ nemo in alium poteſt transferre, quia ipſe dominium non habet. Quia tamen, qui bona fide rem tenet, dominus putativus eſt, dubitari nequit, quin rem alienam quoad effectum uſucapionis in alium transferre poſſit, atque domino vero, ſi tempus legitimum effluxerit, exceptio præſcriptionis obſtat.

u) Non itaque contra tertium poſſeſſorem, cum ille ex contractu nobis non ſit obligatus, bene tamen contra heredem, qui in jura defuncti, tam activa, quam paſſiva, ſuccedit, ejusque facta præſtare debet. Quod eatenus verum eſt, ut, etiamſi contractus vel expreſſe ad perſonam reſtrictus ſit, vel ob naturam negotii aut legis diſpoſitionem perſonam non egrediatur, heredes tamen obligentur ad præſtandam rem, quæ in obligatione erat, atque reſpondere debeant de dolo & culpa defuncti, omnique damno inde proveniente.

VII. Ad obligationem, ex contractibus fluentem, in genere spectat præstatio damnorum *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de R. I.* Eveniunt vero damna vel dolo, vel culpa, vel casu fortuito. *dd. text.* add. Arist. 5. *Eth.* 10. & 3. *Eth.* 7. *it.* 1. *Rhet.* 13.

VIII. Dolus est, quo ex proæresi & proposito, data opera, seu sciens & volens quis alterum fallit, aut damnum ei infert. *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal. l. 7. §. 9. ff. de pact.* atque hic in omnibus contractibus est præstandus, seu damnum, quod quis dolo infert, luere, seu resarcire alteri tenetur: *d. l. 23. de R. I. l. 5. §. 2. ff. comm.* nec valet conventio, ne dolus præstetur x). *d. l. 23. de R. I.*

IX. Culpa (*Germ. Fahrläßigkeit*, *Unachtsamkeit*, *Nachläßigkeit*) committitur per negligentiam & imperitiam, quando scilicet quis negligit, aut ignorat ea, quæ scire & observare debuisset eaque potuisset *l. 213. §. 2. de V. S. l. 73. ff. pro soc. § penult. J. q. m. r. c. o.*

X. Distingui solet culpa in latam, levem & levissimam y) *l. 47. §. 5. ff. de legat.* 1. *l. 31. §. 12. ff. de ædil. edict.* Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt, uti describit Ulpianus *d. l. 213. §. f. de V. S.* & Paulus *in l. 223. pr. ff. de V. S.* quando scilicet quis in actione aliqua ista non observat, quæ quilibet talia agens facile, juxta communem hominibus inditum intellectum, observaret. Bartol. *in l. quod Nerva.* 32. *ff. depos. num* 17 Dicitur alibi latior culpa, *d. l. 32. depos.* magna, *l. 226. de V. S.* gravior, *l. 54 §. 2. de* A. R. D. negligentia crassa, *l. 6. ff de jur. & fact. ign.* dissoluta, *l. 29. pr. ff. mand.* remissior, *l. 5. C. de peric. tut.* manifesta, *l. 2. C. arb. tut.* nec non ignorantia deperditi & securi hominis, *l. 3. §. 1. ff. de jur. & fact. ign.* supina. *l. 6. eod. t.* item segnities, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. *l. 3. § ult. ff. de susp. tutor.* Exempla illius culpæ occurrunt in *l. 30. §. 3. ff. ad L. Aquil. l. 8. §. f. l 29. pr. ff. mandat. l. 7. §. 2. ff. de adm. tut. l. 31. §. 12. ff. de æd. edict. l. 7. ff. ad L. C. de sicar.*

XI. De hac culpa observandum, quod in caussis civilibus dolo comparetur. *l. 29. pr. ff. mand. l. 47. §. 5. ff. de legat.* 1. *l. 7. §. 1. ff. de susp. tut. l. 5. §. 15. ff. ut in poss. legat. l. 8. §. 3 ff. de precar. l. 1. §. 1. ff. si mens. fals. mod. dix. l. 11. ff. de inc. ruin. naufr.* & quoad effectum, seu juris interpretatione est dolus. *l. 226. de V S. l. 32. ff. depos.* & magna negligentia in doli crimen incidere dicitur. *l. 1. §. 5. de O. & A.* quod adeo verum, ut licet in jure nostro dicatur, dolum *dundaxat sive tantum* præstandum esse, non tamen excludatur lata culpa. *d. l. 1. §. 5. de O. & A. l. 23. de R. I. l. 1. C. depos. l 8. § 3. in f. ff. de prec.* quia scilicet tantam negligentiam admittens, fere præsumitur illam affectasse, & studio neglexisse ea, quæ omnes homines curanda esse intelligunt.

XII. Levis culpa est, quando quis negligit ea, quæ quivis bonus paterfami-

x) Ratione futuri, cum tale pactum invitet ad delinquendum, de dolo præterito transigere omnino licet, quia hic agitur de renunciatione actionis, ex dolo oriundæ, quod nullibi prohibitum.

y) Ut culpa in genere est omissio diligentiæ debitæ, proæresi carens, ita culpa eodem modo, ut diligentia, suos habet gradus. In dijudicandis vero gradibus diligentiæ ad tres maxime Patrum familias classes respiciebant Romani. Diligentissimam enim rerum suarum curam gerunt Patresfamilias avari, mediocrem, homines parci & frugales, minimam dissoluti. Primo itaque gradu non observato, culpa dicebatur levissima, secundo, levis, tertio, lata.

lias non negligeret. *l.10. ff. de admin. & peric. tut. l.47. §.5. ff. de legat.1. l.22. §.3. ff. ad SCt. Trebell. l.35. §.4. ff. de contrab. emt.* vel, cum quis eam curam non adhibet, quam communiter boni patresfamilias in rebus suis adhibere solent. dd. text. *l.25. §.16. ff. famil. erc. l.31. ff. ad L. Aquil.*

XIII. LEVISSIMA culpa (*l.44. ad L. Aquil.*) est, cum quis non exactiorem, quam suis rebus solitus est, adhibet diligentiam, cum alius sit diligentior; vel breviter est omissio diligentiæ exactissimæ. *l.25. §. penult. ff. locat. l.25. §.16. ff. famil. ercisc. l.18. pr. ff. commod. l.3. ff. de per. & c. r. v. l.1. §4. de O. & A. §.2. I. q. m. re c. obl.* Quando hujus levissimæ culpæ præstatio requiritur, id in legibus ita sæpius significatur, ut *diligentia* desideretur *d. l.23. de R. I. verb. in his quidem & dilig. l.5. §.2. & ult. commodat. verb. & diligentiam l.2. §.1. ff. de peric. & comm. r. v. l.47. §5. ff. de legat.1.* Eodem modo intelligendam quoque esse existimamus *l.68. pr. de contrab. emtion. l.6. ff. de adm. rer. ad civ. pertin. §. fin. Institut. quib. mod. re contrab. oblig.*

XIV. CAETERUM ut constet, quænam culpa in contractibus sit præstanda [z], nobis placet ex sæpius allegata *l.23. de R. I. l.5. §2. ff. commod.* & plurimis aliis congruentibus hasce duas inducere & formare regulas. Prima esto: *Dolus solum, & huic proxima lata culpa præstetur in contractu depositi,* quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur: *& precario, l.8. §.3. & 6. ff. de prec.* quia res pro lubitu revocari potest. Adeoque licet quis sit in suis negligens, tamen major in istis rebus alienis, quam in propriis, haud desideratur diligentia. *l.32. ff. depos. l.1. §.5. de O. & A. dd. text.*

XV. ALTERA est: *In reliquis PLERISQUE contractibus bonæ fidei præstatur culpa, & quidem tam levis, quam levissima.* Non enim solum absolute ac in genere culpa præstanda in illis dicitur, sed etiam speciatim diligentia exigitur express. *text. d. l.23. de R. I.* (add. text. de singulis contractibus inferius citatis) scilicet aliquando ma-

z) IN hoc argumento verbis legum non semper inhærere possumus, cum JCti plus simplici vice exactam & exactissimam diligentiam promiscue usurparint, & aliquando omnis culpæ præstationem injunxerint, ubi tamen levis solum præstanda erat v. c. in *L. XIII. C Mandat. in L. IV. & IX. & L. XXVIII. D. de damn. infect.* Necesse itaque est, ut leges pro substrata materia explicemus, & magis ad naturam ipsius negotii respiciamus. Et hoc quidem certo certius est, omnem illum, qui se ingerit sponte, ut alterius negotia gerat, vi *L. XXXVI. de Reg. Jur. L. VIII. §. ult. ad L: Aquil.* qui, dum peculiarem artem profitetur, alterum ad contrahendum inducit per *L. XVII §. III. D. Commod.* qui denique negotium expediendum in se suscipit, quod singularem peritiam & præcautionem requirit ob *L. XIII. L. XXI. C. mandat. L. XXV. § VII. Locat.* omnem culpam præstare, & de omni culpa respondere debere. Cæterum juvat ad modum utilitatis, ex negotio perceptæ, respicere, hasque memoriæ mandare regulas. I) Quoties in contractu unius solum subest utilitas, qui utilitatem habet, omnem culpam præstat, qui nullam inde habet, latam solum culpam, solo mandato, & tutelæ administratione excepta. Nam, & mandatarius & tutor, officia patrisfamilias diligentis explere, & ideo de culpa levi respondere debet *L. XXI. C. Mand. L. VII. C. arbitr. tut. L. XXXIII. D. de administr. & peric. tutor.* II) Quoties in contractu utriusque utilitas adest, uterque sibi invicem de culpa levi respondet regulariter, in abstracto sumta, id est, ut nullo personæ, quæ ad contrahendum accessit, habito respectu, respiciendum sit potius ad eam diligentiam, quam diligentes patresfamilias in rebus suis conservandis & custodiendis communiter adhibere solent. In illo vero casu, ubi liberum contrahentis est arbitrium eligendi, cum quo paciscatur, majorem diligentiam exigere nequit, quam ille, cum quo contraxit, in rebus suis adhibet, & sic etiam hic de culpa solum levi in concreto respondet. Exemplum est in societate. *§. ult. J. de societat.*

jor, quam suis rebus quis adhibet, si in iis sit negligens *l. 3. ff. de peric. & c. r. v.* jung. *l.25. §.16 famil. ercisc. l.1. §.4. de O. & A. l 22. §.3. ff. ad SCt. Trebell.*

XVI. Prae aliis tamen contractibus ac negotiis diligentia desideratur 1.) in commodato, *l.5. §.2. in f. l.18. pr. ff. comm. §.2. I. q. m. r. c. o.* 2.) in opera locata, *l.25. §.7. ff. loc. cond.* ac 3.) peculiariter suscepta custodia. *§.3. vers. an custodiam. I. de emt. vendit.* adeo, ut non excusetur quis, si alius diligentissimus quisque majorem curam ca in re adhibere potuisset. *dd. text.* conf. *l.27. §.29. ff. ad L. Aquil.* Nimirum tota præstatio culparum prudenti judicis arbitrio relinquitur, qui secundum circumstantias negotii & personæ conditionem hac de re æstimabit. Unde JCti veteres ad casus varia obvenientes responsa sua direxerunt, qui, si recte attendas, in eo ad unum omnes conveniunt, quod culpa quævis & diligentia exacta in omnibus contractibus sit præstanda, licet in proxime enarratis casibus exactius admissa negligentia examinetur. *vid. Evolut. controvers. in Syntagm. cont. ad Exerc. XIX. th.41.*

XVII. Diximus *in plerisque (aph. 15.)* Singularis namque & diversa ratio societatis, eique cognatæ rerum communionis, in quibus contractibus non exigitur diligentia exacta, seu major, quam quis suis rebus adhibere solet, sed qui parum diligentem socium sibi adsumsit, de se queri, sibique hoc imputare debet *d. l.23. vers. societas & rerum communio. ff. de R. I.* juncta *l 72. l.52. §. 2. ff. pro soc. §. fin. I. de societ. l. 25. §. 16. ff. fam. ercisc.* quæ ratio quidem cessare videtur in rerum ac hereditatis communione, at vero cum citra expressam conventionem in communionem incidant, ac in re, quæ cuilibet pro parte est propria, versentur; ideo alter ab altero aliam, quam quis suis rebus adhibet, exigere haud potuit diligentiam, atque inde in hoc necessario socio idem obtinet, quod in sponte adsumto *d. l.23. ff. de R. I. & d. l.25. §.16. ff. famil. ercisc.*

XVIII. Denique casus fortuitus est inopinatus eventus, quem per consilium humanum, curam seu diligentiam, non potuit prævidere, vel avertere is, cui accidit. *l.6. §.7. ff. de offic. Præs. l.18. pr. l.19. ff. commod. l.1. §.4. ff. de O. & A. l.15. §.2. ff. locat. l.2. §.7. ff. de adm. rer. ad civ. pertin. l.6. C. de pign. action.*

XIX. Evitari vero & præcaveri aliquod damnum non potest, vel propter extrinsecam nobis circa res, vel in rebus contingentem vim, vel propter ignorantiam invincibilem, seu justam, Arist. 5. *Eth.* 10. & 3. *Eth.* 1. Prioris generis casus vel I. ex causis naturalibus provenit, tum 1.) extra rem, cui damnum obvenit, & in specie vis naturalis, *l.59. ff. loc.* item divina, *l.25. §.6. eod.* vis tempestatis calamitosæ, *l.15. §.2. ff. d. t.* add. *l.7. C. eod.* dicitur: ut est solis fervor non adsuetus, *l. 15. §. 2. loc.* nix immodica, *l.78. § f. ff. de contrah. emt.* violentia ventorum, *l.24. §.4. ff. de damn. infect.* labes, *l. 15. §.2. l. f. ff. loc. ibique* Gothofr. terræ motus, *d. l. 15. §.2.* inundationes, *d. text.* item si raucis h. e. vermiculis, ex imbribus natis aut herbis, segetes fuerint corruptæ, *d. l. 15. § 2. loc.* add. Cujac. 15 *O.28.* Budaeus *annot. in Pandect. in d. text. p 606. part. 1.* incendium ex fulmine ortum. *l.23. de R. I.* juncta *l.30 §. ult. in fin. ff. loc.* add. Decis. Elector. Saxon. 79. & 80. ubi de incendio culposo. tum 2.) in ipsa re casus ex causis naturalibus provenit, ut sunt morbi, *l.5. §.4. ff. commod.* mortes animalium, *l.23. de R. I.* servorum, *l.18. pr. ff. commod.* item si per senectutem quid contigerit, *d. l.5. §.4. ff. commod.* si vinum coacuerit *l. 15. §. 2. loc.* Vel II. a bestiis infertur, ut graculorum, sturnorum, locustarum invasione. *d. l.15. §.2. ff. loc. l.18. C. eod.* Vel III. facto aliorum

hominum evenit, ut incursione hostium, *d. l.15. §.2. loc.* fuga servorum, *l.23. de R. I.* incendio in vicini e.g. ædibus orto, *l. 18. pr. ff. commod. l.22. ff. de neg. gest. l. 1. §. 1. ff. depos. l 9. § 3. ff. loc. §.3. I. de empt. vendit.* tumultu *d. l.23. de R. I.* rapina. *d. text. l.1. C. locat.* Alia est furti ratio, quod culpæ adscribitur. § 3. *I. q. m. r. c. o. l.14. ff. de per. & c. r. v. l.52. § 3. ff. pro soc l.17. § 2. ff. de P. V.* juncta *l.78. ff. de furt.* Aliquando vero etiam sine culpa ejus, qui rem alienam ex contractu tenet; accidere potest, si nimirum quis rem bene custodierit, *l.35. §.4. ff. de contrah. emt. l.14. § 6. ff. de furt. l.9. C. de pign. act.* add. *l.30. pr. ff. ad L. Falc.* Posterioris generis casus fortuiti accidunt, quando quid inde evenit, quod ignoremus & prætermittamus ea, quæ scire vel non poteramus, adhibito licet debito studio, vel non tenebamur, vid. *l.20. ff. commod. l.29. §.1. ff. mand l.5. C. de per. tut. §.11. I. de mandat. §.33. I. de act. l.2. ff. de termin. mot.*

XX. HIC casus fortuitus, seu damnum fatale, periculum, aut vis major, in nullo contractu, ubi dominus contrahens rem suam alteri contrahentium ratione initi contractus, tradidit, *v.c. custodiendam, utendam, administrandam, item in securitatem crediti*, præstatur a detinente rem, sed res perit suo domino *d. l.29. de R I. l.9. C. de pign. action. l.18. pr. ff. commod. §. ult. I. q. m. r. c. oblig. l. 52. § 3. ff. pro soc. l.26. §.6. ff. mand l 50. ff. de adm. & peric. tut. l.25. §.6 ff. locat. cond. l. 1. §. 11. ff. de mag. conv. l 2. §.7. de adm. rer. ad civ. pertin l.1. §.4. de O. & A l.19. C. de pign. l.4. C. de peric. tutor.*

XXI. AST in contractibus aliis, ex quibus res aliqua certa in alterius dominium est transferenda, res perit illi, cui debetur [a]. *l.15. §.3. ff. de R. V. l.5. §. fin. ff. de rescind. vendit. l.5. ff. de reb. cred l 33. ff. de V. O.*

XXII. CAETERUM, quæ de præstatione culpæ & casus fortuiti diximus, ita se habent secundum regularem contractuum naturam; cum vero naturalia contractuum, uti vocantur, per pacta adjecta mutari possint. *h. l. 3. tit.2. aphor. ult.* ideo nominatim aliquando convenit, ut vel minus præstetur, quam alias natura contractus exigit, ut si placuerit, dolum solum in re commodata præstandum. *l.5. §.10. ff. commod.* ( cujusmodi tamen pactum circa dotem non valet. *l.6. l.17. ff. de pact. dotal.*) vel plus, v. gr. si pacto adjecto levis culpa requiratur in deposito *l.1. §.6. ff. depos. l.1. C. eod. l.23. verb. hac ita nisi. ff. de R. I.* Similiter etiam casus fortuitus venit præstandus, si inter contrahentes placuerit [b]. *l.6. C. de pign. act. l.6. §.15. ff de pact. l 39. ff. mand.*

a) IMO crederem ego, hanc regulam, qua res perire dicitur ei, cui debetur, adeo generalem esse, ut in omnibus contractibus citra discrimen locum habeat. Nam nec ab illa, quam Auctor supra suppeditavit, & vi cujus res perit suo domino, diversa est, siquidem in contractibus, in quibus de transferendo dominio agimus, ille pro domino habetur, cui res promissa est, simulac contractus perfectionem suam habet, quod, in contractibus memoratis post consensum pure interpositum fieri, per se patet. Unica tamen est exceptio, quæ dominum a necessitate, ferendi casum, liberat, quando nimirum, qui ad rei restitutionem vel traditionem jam obligatus est, moram committit. Is enim moræ est effectus, quod res debita post moram sit periculo debitoris *L. XXXVII. D. Mand. L. XII. §. III. Depos. L. XXIII. sqq. L. LXXXII. §. I. de Verb. Oblig. L. fin. C. de peric. & commod. rei vend.* Quam ipsam exceptionem limitatio, quæ in *L. XIV. §. fin Depos.* occurrit, si res nempe æque periisset apud creditorem, haud evertit, cum præsumtio semper adsit pro creditore, eum potuisse & voluisse de re ita disponere, ut peritura non fuisset. Quapropter debitor procul dubio probationem in se suscipere debet contrariam, quo ab obligatione præstandi casum se liberet.

b) HOC tamen in casu, quando quis pacto in se casum recipit, consultum est, ut clare exprimi curet, utrum de omni casu, an de insoli-

XXIII. Praeterea ratione periculi quis tenetur (I.) si dolus vel culpa casui intervenerit[c]. *l. 5. §. 4. & 7. ff. commod. l. 1. §. 4. ff. de O. & A. l. 5. l. 9. C. de pign. act. §. 3. I. de emt. vend. l. 15. ff. de per. & c. r. v. & passim.* (II.) si mora casum praecesserit, *c. un. X. de commod. l. 12. §. 3. ff. depos. l. 2. C. de peric. & comm. r. v. l. 8. § 6. ff. de precar.* notandae tamen hic duae limitationes, scilicet 1. nisi quis rem retineat ex justa aliqua caussa *arg. l. 21. ff. de usur.* & 2. nisi interitura fuisset ea res, etiamsi restituta actori. *l. 14. §. 1. ff. depos.* (III.) si res non nudae taxationis gratia, *v. l. 52. §. 3. ff. pro soc. l. 34. ff. famil. ercisc. l. 69. §. 7. ff. de jur. dot.* sed ita aestimata data fuerit, ut quis quasi emtam haberet[d], & loco rei, ex contractu reddendae, aestimationem restituere debeat: *l. 5. § 3. ff. commod. l. un. §. 9. in fin. C. de rei uxor. action. l. 5. l. 10. C. de jur. dot. l. 10. princ. l. 16. l. 18. ff. eod.*

XXIV. Dicendum quoque hic venit de ignorantia, cujus in plurimis negotiis ratio habetur. Est vero ignorantia seu error, (qui latiori sensu sub ignorantia comprehenditur. *l. 1. pr.* juncto §. 1. 2. & 3. *l. 2. & 3. ff. de jur. & fact. ignor.*) vel juris, vel facti. *dd. text.*

XXV. De ignorantia juris duas notamus regulas[e], quarum altera: Juris igno-

tis, an de iis solum, quae utplurimum contingere solent, respondere velit. Nam me quidem non fugit, esse plerosque, qui, etiamsi quis casus in se expresse receperit, eum tamen a praestatione casuum insolitorum, qui non singulis annis, sed rarissime eveniunt, liberandum censent, ex ea ratione, quod de his probabiliter non cogitaverit. Wernher. *P. II. Obs. CCCCXX.* Neve absque lege loqui videantur, varios pro confirmanda opinione juris Romani textus cumulant. Sigillatim in subsidium vocant *L. LXXVIII. §. ult. D. de contr. ab. emtion. L. IV. § penult. Si quis caut. in jud. L. X §. I. D. de ann. leg. L. VI. C. de pignor. act.* Sed prior textus, tantum abest, ut sententiam adjuvet, ut potius eidem contrarietur. Et ex reliquarum legum inspectione patet, eam vim vix illis inesse, ut ad praesens argumentum fieri possit illatio, quod jam docuit Vinnius *Lib. II. Sel. qu. juris cap. I.* Quod autem addunt, pacta non esse extendenda ad non cogitata, id facilius admitterem, nisi pro certo haberem, non posse non ipsam vocabuli casus vim & proprietatem contrahentes admonere, ut de insolitis cogitent. Ea vero ratione argumentum, a non cogitatis desumtum, inefficax est.

*c*) Verum tum re ipsa casus non adest. Dum enim casus in inopinato eventu consistere dicitur, quem humana diligentia & providentia non potuit praevidere, vel evertere, certe casus dici nequit eventus, cui dolus aut negligentia nostra dedit occasionem.

*d*) Solet aestimatio rei variis negotiis, & conventionibus adjici, diverso tamen fine. Nonnunquam ideo accedit, ut alter rem pro justo pretio pleno jure habeat. Aliquando ea solum intentione additur, ut litibus obviam eamus, ubi res ex contractu antecedente restituenda venit, quae culpa contrahentis non amplius extat. Eoque nomine utiliter adhibetur in omnibus conventionibus, quae ad transferendum dominium non sunt comparatae. Inde vero satis constat, aestimationem non ubique producere effectum, ut, qui rem habet, casum quoque & periculum rei suscipere debeat. Sed de eo, ut sigillatim inter partes conveniat, necesse est, ubi non agitur de dominio transferendo, cum his in negotiis aestimatio taxationis solum gratia facta videatur. In negotiis vero, mediantibus quibus dominium transferimus, aestimatio venditionis magis, & periculi transmittendi gratia facta, censetur, ut sic, qui eo extendi noluit aestimationem, protestari magis debeat, se nolle obligari ad periculum *L. I. §. I. D. de aestimat. act. L. X pr. D. de jur. dot.* Stryck. *de Cautel. Contr. Sect. II. cap. II. § X. Sect. III. cap. VIII. §. X.*

*e*) Imo, argumentum de ignorantia juris & facti unice eo redire, videtur, ut statuamus I) Ignorantiam invincibilem, quae, admota licet cura, dispelli nequivisset, nemini nocere. II) Ignorantiam vincibilem, quam, adhibita attentione & diligentia, discutere potuissemus & debuissemus, nemini prodesse, nisi, ubi de implendo negotio agitur, alter de lucro captando, alter de damno vitando certet, *L. XLI. §. I. de Regul. jur.* vel de

rantia non prodest, *seu non excusat*, sed nocet, seu obest acquirere noviter volentibus. *l.7. l.3. pr. l.1. §.3. l.4. d. t. l.2. l.3. l.8. C. eod.* conf. *l.31. pr. ff. de usucap.*

XXVI. ALTERA est: Juris ignorantia suum petentibus, ac in damnis amittendæ rei suæ, non nocet, h. e. non obstat juris ignorantia, quo minus rem propriam, apud alium existentem petere, vel, quam ipse quis habet, retinere liceat, seu, propter juris ignorantiam, quis dominium, aliudve jus non amittit. *l.7. l.8. in fin. ff. de jur. & f. ign.* conf. *l.35. ff. de A. R. D. l.54. ff de R. V. l.25. §.6. ff. de petit. her.* CARPZ. 2. *c.28. d.21. num.5.* RICHTER. *regul.26. n.18. in fin.* add. GAIL. 2. *o.48. n.23. & 24.*

XXVII. FACTI interpretatio cum plerumque etiam prudentissimos fallat. *l.2. d. t.* ideo ignorantia facti (cujus exempla petas ex *l 1. §.1. & seqq. d. t.*) prodest seu excusat, ac non nocet tam in compendiis, quam in damnis: *l.4. 8 & 9. pr. d. t.* h. e. facti ignorantia non solum prodest, ne damnum incurramus, aut rem amittamus, sed etiam acquirere volentibus prodest. *d. l.4. l.9. §.4.* nec obest, si quid ex ignorantia facti prætermissum *d. l 8. l.9. pr. d. t. l.7. C. eod.*

XXVIII. NON tamen supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, uti nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo æstimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. *l.6. d. t. ff. de jur. & fact. ign.*

XXIX. DENIQUE notandum, quod contractus ineantur vel pure, vel adjecto die, vel sub conditione. Quod pure promissum est, confestim peti potest. *l 41. §.1. l.56. §.4. de V. O. l.14. de R. I.* ex humanitate tamen dilatio aliqua indulgenda *f. l.105. de solut.*

XXX. DIES adjicitur[g] 1.) ut terminus a quo, & si hic dies vel certus, vel fal-

pœna ob contraventionem legis, quæ actum naturaliter indifferentem illicitum declarat, advenæ & peregrinanti dictitanda, sermo est GAIL. *Lib. II. obs.* XLVIII. *n.26. seq.* LEYSER. *Spec.* CCLXXXIX. *med.* VI. Sic facile patet, quod nemini ignorantia juris universalis, subdito, & iis etiam, quibus alias jura in *L.* IX *pr. & §.* I. *D. L. I. C. de jur. & fact. ignorans.* tum minimum, si peritiores consulere facile potuissent, ignorantia juris provincialis, illi, qui proprii facti est oblitus, hujus ignorantia non prosit, & cur e contrario factum alienum tuto ignoremus.

*f*) QUOD generatim etiam fieri debet, si quis obligationem in se recepit, cui implendæ certus dies non est præstitutus. Tum enim ante interpellationem hominis nemo in mora constituitur, *L.* XXXII. *de usur.* ut sic quoque in conditionali debito post conditionis existentiam interpellatione opus sit. Quamvis enim conditio existens obligationem existere faciat, quæ antea non aderat, non tamen debitorem statim morosum facit, cum nec hunc effectum pura obligatio statim producat.

*g*) GENERATIM obligatio pura ex die certo, ex die incerto, ad diem, conditionata & sub modo, ita differunt. In pura obligatione dies statim cedit & venit, id est, res vel factum non solum debere incipit, sed actio quoque & exactio statim locum habet. In obligatione ex die certo dies cedit quidem a tempore promissionis, id est, obligatio jam adest, non tamen ante diei existentiam venit, id est, ante diem actio non nascitur, quamvis, quod ante diem præstitum est, repeti nequeat §. *II. J. de Verb. Oblig. L.* CCXIII. *de verb. signif. L.* X. *&* XVII. *de condictione indebit.* Obligatio ad diem jure antiquo perpetua erat, ipsaque actio, elapso etiam tempore, concessa, quæ tamen ob dolum petentis exceptione elidi poterat. Id, quod ex natura actuum legitimorum est derivandum, siquidem promissiones Romani stipulatione & solemni formula expedire solebant. Quare hodie merito cessat hæc juris Romani dispositio. In obligatione ex die incerto & conditionata ante diei & conditionis existentiam neque obligatio neque actio adest, sed nuda enascitur spes §. IV. *J. de Verb. Oblig.* quæ tamen ad expectandum minimum obligat, etiam eo effectu, ut nec promittens liberam de objecto pacti habeat tem

tem certo exiturus sit, licet incertum sit quando, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, seu extiterit, totusque præterlapsus fuerit, nequit. §. 2. *I. de V. O.* §. *f I de mut. stipul. l.* 42. *l.* 138. *de V. O.*, conf. *l.* 11. *C. de contr. & commit. stip* §. 13. *I. de inut. stip.* vel 2.) ut terminus ad quem, quousque scilicet quid debeatur, ac pura quidem est obligatio, sed tempore elapso datur exceptio pacti, seu doli mali §. 3. *I. de V. O. l* 56. §. 4. *D eod. l.* 44. §. 1. *de O. & A.* Cæterum dies incertus si fuerit, ita ut non constet, an & quando, vel solum, an sit exiturus, perinde se res habet, ac si sub conditione contractum. *l.* 56. *ff. de condict. indeb.*

XXXI. Adjecta possibili conditione (de cujus descriptione & generibus vid. *l.* 2. *tit.* 18. *aphor.* 4. *& seqq.*) in aliquem casum futurum differtur obligatio. §. 4. *I. de V. O.* adeoque conditione pendente nec promissum debetur, nec exigi potest, sed tantum spes est debitum iri, quæ in heredem transmittitur. §. 4. *I. de V. O* §. 24. (*al.* 25.) *I. de inutil. stipulat.* vid. Brussel *tr. de condit.* Si quis vero, sub conditione obligatus, curaverit, ne conditio existeret, nihilominus obligatur. *l.* 85. *§. fin. de V. O. l.* 24. *ff. de condit. & demonst.* Sub impossibili autem conditione affirmative concepta promissio (v. c, si cœlum digito attigeris) non valet §. 12. *de inut. stip. l.* 31. *de O. & A.* add. Exerc. Nostr. *ad Pand.* 47. *th.* 18. *circ. fin.* at conditione impossibili negative addita, v. c. si cœlum digito non attigeris) valet promissio, & statim debetur, quia non est proprie conditio. *d.* §. 12. *I de inut. stip. l.* 7. *de V. O.*

XXXII. Aliquando certa pœna contractui adjicitur [b] eum in casum, quo id, certo die aut alteri, factum aut datum non est, quod fieri aut dari debuit, aut adver-

disponendi facultatem. Existens tamen conditio ad initium actus retrotrahitur *L* LXXVIII. *pr. de Verbor. Obligat.* *L.* XVIII. *de Regul. jur.* In eadem ipsa tamen obligatione conditionata præsupponendum est, I) re ipsa adesse conditionem, quæ incertum eventum continet. Sin certum sit, conditionem vel natura, vel ob legis prohibitionem, impleri non posse, negotium ipsum vitiatur. Sin certum sit, conditioni alterum contravenire non posse, negotium statim subsistit. II) Conditionem eo intentione adjectam esse, ut negotium suspendat. Sin id egerint partes, ut, conditione existente, negotium resolvatur, obligatio statim adest, & promissum quoque implendum est. Obligatio denique sub modo, id est, cui finalis causa adjecta est, vim conditionis resolutivæ habet. Atque ideo statim agi potest ad implendum, negotium vero, si modus non impleatur, resolvitur *L. I. C de donation. quæ sub mod.* & si tertii intersit, modum impleri, cautio ab accipiente est præstanda.

*b*) Idque duplici maxime fine. Vel, ut, præstita pœna, obligatio, ex contractu alias oriunda, cesset, vel ut, salva obligatione, mora coërceatur. Inter utramque multum discriminis intercedere, per se patet. Priori in casu tamen denuo intersit, utrum creditor in sui favorem solum pœnam sit stipulatus, an debitor magis sese ab obligatione liberandi causa pœnam promiserit. Ibi penes creditorem electio est, pœnamne persequi, an ad implendum agere velit. Pœna vero electa, rem debitam amplius petere nequit, & vice versa *L.* V. §. I. *si quis caution. in judic* Hic sine dubio cessat electio, & debitori integrum est, præstatione pœnæ obligationem irritam facere. Res autem plane aliter sese habet in posteriori casu, quando per pœnam mora solum coërcetur, quia tum obligationi ex negotio principali nihil decedit. Quod vero attinet ad litem super quæstione, an pœna conventionalis legitimum usurarum modum excedere possit? in hac decidenda procul dubio dispiciendum est, utrum factum, an species, aut quantitas, in obligatione sit. Primo in casu quæstio ipsa inutilis videtur, cum pœna conventionalis succedat in locum interesse, quod, quia æstimationem damni emergentis, & lucri cessantis, continet *L.* XIII. *Rem ratam haber*, ad modum usurarum componi nequit. Idem dicendum esse puto, si species objectum contractus sit. Sin autem quantitatem quis promiserit, & pœna adjiciatur, leges diserte, pœnam legitimum usurarum modum egredi posse, negant *L.* XV. *C. de usur.*

ſus id factum eſt, quod fieri non debuit. §. *ult. l. de V. O. l.* 4. §. 1. *l.* 137. §. 7. *l.* 115. §. 2. *ff. eod.*

XXXIII. PRAETEREA confertur interdum contractus in arbitrium tertii, qui ſubſiſtit, ſi iſte arbitretur, aſt eo non arbitrante, evaneſcit. *l.* 43. *l.* 44. *ff. de V. O. l. f. C. de contrah. emtion.* §. 1. *I. de emt. vend.* Non vero valet contractus, in merum promiſſoris arbitrium collatus: *l.* 46. §. *f. ff. de V. O.* alia eſt ratio, ſi non ipſe contractus & obligatio, ſed determinatio pretii in vendentis, aut emtoris arbitrium [i] conferatur, tunc enim perinde habetur, ac ſi viri boni arbitrium eſſet electum. *l.* 7. *pr. ff. de contr. emt. l.* 6. *ff. pro ſoc. l.* 24 *pr. ff. locat.* Non etiam obeſt contractui, ſi tantum tempus ſolvendi in arbitrium promiſſoris collatum. v. c. dabis, cum volueris. *l.* 46. §. *pen. ff. de V. O.*

# TITULUS IV. DE CONTRACTIBUS PROPRIIS, IISQUE NOMINATIS, NEC NON DE REALIBUS IN GENERE, AC IN SPECIE DE MUTUO.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Contractuum nominatorum definitio.* II. *Diviſio.* III. *Contractuum realium deſcriptio.* IV. *Mutui definitio.* L. 12. ff. t. 1. de rebus cred. ſi cert. pet. & de condict. V. *Mutuo dantur res fungibiles, ſeu quæ in pondere, numero & menſura conſiſtunt.* VI. *Perſonæ contrahentes* 1. *mutuo dans.* VII. 2. *Mutuo accipiens, ubi ſingulare quid obtinet in civitatibus.* VIII. *In filiisfamilias.* IX. *Forma mutui.* X. *Obligatio debitoris.* XI. *Actio ex mutuo.*

I. CONTRACTUS nominati ſunt, qui proprium nomen habent, h. e. propriam & determinatam contrahendi formam. *l.* 7. §. 1. *ff. de pact.*

II. SUNTQUE vel reales, vel conſenſuales, vel verbis ineuntur, vel literis; §. *ult. I. de oblig. l.* 1. & 2. *ff. de O. & A.* Quamvis enim ad eſſentiam genericam omnium contractuum requiratur conſenſus, quoad eſſentiam tamen ſpecificam alii requirunt, ut accedat vel rei traditio, vel literæ, vel verba, alii vero abſolvuntur conſenſu, determinato quidem ad certam rem, *l.* 8. *pr. ff. de contr. emt.* ſed quoad obligationem, ſeu obligandi vim perfecti ſunt, licet res non tradita [k], nec ſolennes literæ vel verba adhibita fuerint. *tot. tit. I. de obl. ex conſenſu.*

Idque ad omnes conventiones, ex quibus quantitas præſtanda eſt, etiamſi bilaterales ſint, applicandum eſſe, cenſeo, cum nec dubitent Juris Romani conditores, quin emtionem venditionem ſub prohibitione comprehendant *L.* XIII. §. XXIII. *de action. emti.*

*i*) DE quo aſſerto tamen merito dubitabis. Pretii enim determinationem in arbitrium contrahentis conferri, expreſſe vetat *L.* VII. *pr. L.* XXXV. §. I. *D. de contrab. emtion.* Quamvis vix prohibitum reperiatur, ne accidentia pretii determinati in arbitrium promiſſoris conferamus. Nec prohibitum eſt, ut quantitas pretii per relationem ad aliud determinetur *d. L* VII. *de contrab. emtion.* Cæterum quando arbitrium tertii eligimus, jure Romano certa perſona denominanda eſt *L. fin. C. Eod.* Moribus tamen & hoc pactum toleratur, quo convenit, ut uterque contrahentium arbitratorem poſtea eligat SCHILTER. *Exerc.* XXIII. §. XVIII. Eaque conventio frequens eſt inter mercatores, ut placeat, tantum ſolvendum eſſe, quanti rem duo prudentes mercatores æſtimaverint.

*k*) ITA de moribus hodiernis, quippe quibus ad producendam obligationem præter conſenſum regulariter aliquid non requiritur. Sed, ut ex omni pacto, ſi inter partes convenerit, firma oritur obligatio, ita & ille, qui promiſit tantum, ſe velle mutuo dare, vel pignus conſtituere, de implendo promiſſo conveniri poteſt, licet

III. CONTRACTUS realis eſt, quo re ex conventione certo modo tradita, ad eandem rem reddendam obſtringimur, ut ſunt mutuum, commodatum, depoſitum & pignus [l].

IV. MUTUUM eſt contractus, quo quantitas ſeu res numero, pondere & menſura conſiſtens, & fungibilis datur ita, ut accipientis fiat [m], & poſt aliquod tempus tantundem ejuſdem generis & qualitatis reddatur. *l. 2. §. 1. l. 3. ff. de reb. cred. pr. I. quib. mod. re contr. obl.*

V. MUTUI datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt, quia functionem ſeu præſtationem recipiunt magis in genere ſuo quam ſpecie [n]. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* h. e. quia ita ſunt comparatæ, ut ſi iis abſumtis eædem in genere reſtituantur ac præſtentur, perinde ſit, ac eædem in ſpecie, ſeu individuo reddantur. Dicuntur autem res pondere, numero, menſura conſiſtere, quæ non aliter in commercia hominum venire, diſcerni, determinari, & certa ſpecies ſeu individuum fieri poſſunt, quam per ponderationem, numerationem vel menſurationem. Neque enim mutui datio conſiſtit in omnibus iſtis rebus, quæ numerum, pondus vel menſuram habent, hoc quippe ſenſu omnes ac ſingulæ res mutuo dari poſſunt, ſiquidem in rerum natura reperiri poteſt nihil, quod ſuum numerum, pondus vel menſuram non habeat; Sed eæ demum res numero, pondere vel menſura conſtare dicuntur, quæ ſi numero, pondere vel men-

ipſum negotium, de quo paciſcentes mutuam dederunt fidem, prius perfectum non ſit, quam traditio, ſcriptura acceſſerit, atque nomine pactum de dando mutuo, de emendo, ab ipſo mutuo, & emtione venditione diſtinguendum veniat. At enim vero Jure Romano contractus demum obligationem capiebant, ſi traditio rei, verborum, vel ſcripturæ ſolennitas peracta fuiſſet, nec antea actio ulla locum habebat. Sigillatim igitur reales ex rei traditione ſubſiſtebant. Unde re non contrahebatur obligatio, niſi quatenus datum eſſet *L. XVII. pr. de pact.* Nec valebat conventio, ut undecim redderem, ſi ego decem dediſſem *L. XI. de reb. credit.* Nec pactione nuda creditum fiebat *L XXXIV. pr. Mandat.*

*l*) OMNES itaque hi contractus ex rei demum traditione perficiuntur, hac differentia, quod in mutuo rei tradatur dominium, in commodato rei gratuitus uſus, in depoſito rei cuſtodia, in pignore ſecuritas in re.

*m*) INVOLVIT itaque alienationem, atque dominium rei & periculum in accipientem transfert, quod abſque omni fundamento cum SALMASIO negat OISELIUS *in Not. ad Caji Inſtit. Lib. II. Tit. IX* § I. Nam I) pecunia mutuo datur, ut ex mea fiat tua *§. I. J. de obligat. quæ re contrah.* II) Pecunia dicitur alienari in *L XVI. & XLI. de reb. credit.* III) mutuum non præſtat uſum accipienti, niſi rem conſumat. IV) Pecuniam creditam a creditore vindicari poſſe, Leges negant, periculum vero & commodum in re mutuo data debitoris eſſe, expreſſe affirmant. add. SCHULTINGII *Juriſpr. Ante-Juſtin. pag.* 147.

*n*) SED quid opus his difficultatibus, quæ obſcuritate rem ipſam involvunt. Tu nota: Rem fungibilem eſſe, quæ utilitatem non affert, niſi uſu conſumatur. Quod autem dicitur, pondere, numero & menſura conſtare, id inde eſt, quia non aliter in commercium venit, nec aliter certum individuum fit, niſi numero, pondere, & menſura BÖHMER. *tr. de action. Sect. II. cap. VIII.* §. III. Interim tamen re fungibili data non ſtatim contrahitur mutuum, ſed id agere debent partes expreſſe, ut alter rem fungibilem, ut fungibilem, accipiat, eamque uſu conſumendi facultatem acquirat. Nam res fungibilis etiam, ut certa ſpecies, dari, lexque accipienti dici poteſt, ne conſumat THOMASIUS *Diſſ. de pretio affect. in res fungib. non cadent. cap. I.* §. XVI. In dubio tamen, modo partes de dominio transferendo cogitent, utut in ipſo titulo diſſentiant, mutuum tamen ſubſiſtit. Quando vero de dominio transferendo inter eoſdem adhuc diſſenſus, negotium invalidum eſt. Quod ad reliquas conventiones omnes recte applicatur ob *L. XVIII. pr. de reb. cred. L. XXXVI. de acquir. rer. dom.* HERTIUS *de conv. domin. translat.* §. XVII.

ſura pares fuerint, qualitate quoque ac bonitate ſpeciei inter ſe pares ſunt, nec aliæ ab aliis differunt, id quod exemplo vini, argenti infecti, & pecuniæ ſignatæ illuſtrari poteſt: vinum namque menſura, argentum infectum pondere, pecunia ſignata numero conſtare dicitur, quoniam æſtimatio vini, dummodo ejusdem qualitatis fuerit, ex ſola menſura pendet, ac, quis ſit argenti infecti valor, ex ſolo pondere deprehenditur, nec pecuniæ ſignatæ æſtimatio aliter, quam ex numero ſciri poteſt. Quocirca iſtæ ſolum res numero, pondere aut menſura conſtabunt, quæ, vel natura vel arte, ſic comparatæ ſunt, ut non niſi ex numero, pondere vel menſura æſtimari poſſint, ac re iſta ejusdem qualitatis & quantitatis ſoluta, æque creditori ſatis fiat, atque ſi res ipſa, quæ mutuo accepta fuit, ſtatim ipſi reddita eſſet. Unde colligere haud eſt difficile, mutuum non eſſe, ſi equi aut etiam oves ad numerum, vel libri aut vaſa lignea ad pondus dentur, cum equi non minus quam oves, librique perinde ut vaſa lignea, propria quadam, partim naturæ, partim artis vi ac qualitate conſtent, qua ab aliis tum equis atque ovibus, tum libris ac vaſis ligneis ita differunt, ut quamvis in pari numero aut pondere dentur, ejusdem tamen pretii aut bonitatis non ſint.

VI. INEUNT hunc contractum mutuo dans, ſeu creditor; & mutuo accipiens, ſeu debitor. In mutuo dante requiritur, ut ſit dominus rerum, quas muto dat, atque ut poſſit res ſuas adminiſtrare & alienare [o]. §. 2. *I. quib. al. lic. vel non.*

VII. CIRCA perſonas mutuo accipientes [p] ſeu debitores ſpecialiter notandum 1.) quod civitatibus *per l. civitas. 27. ff. de reb. cred.* [q] ſingulare competat privilegium, ita ut diſtinguendum ſit, an civitas ipſa, ſcilicet vel per cives omnes convocatos, aut Syndicum ſeu actorem, nominatim ad contrahendum mutuum ab iis conſtitutum, vel per eos, penes quos eſt regimen totius civitatis, mutuum acceperit; an vero conſules, adminiſtratoresve ſolum civitatis, non adhibitis tribunis plebis, & magiſtris collegiorum. Priori caſu ſine dubio civitas obligatur: poſteriori vero caſu non aliter obligatur, quam ſi creditor probet, pecuniam eſſe in utilitatem univerſitatis verſam [r]. *d. l. 27.*

o) ID, quod ex principio, ſupra ſuppeditato, quod nempe mutuum alienationem involvat, immediate fluit, & præterea ex *L. II. § IV. D. L. IV. C. h. tit.* clare elucet. Ut ſic generatim ab alienatione ad mutui dationem recte inferatur. Sic ſigillatim res aliena mutuo dari nequit *L. XI. in fin. L. XIII. de reb. credit.* Pupilli quoque mutuum non valet *L. XIX. §. I. Eod.*

p) GENERATIM requiritur, ut ſe obligare poſſint, & quidem ſigillatim ex mutuo. Nam id unum non ſufficit, aliquem facultatem ſeſe obligandi habere, ſed & requiritur, leges obligationi ex mutuo intuitu hujus vel illius perſonæ efficaciam non detrahere. Exemplum eſt in Aph. VIII. Aliud in *L. XII. ſ. XI D. Mandat.* occurrit, in qua ei, qui ſciens homini perdituro, vel hujus mandato meretrici, pecuniam credidit, actio denegatur. Quam diſpoſitionem tamen, quia de adoleſcente loquitur, de minorenne ſolum accipiendam eſſe, Interpretes recte ſtatuunt, cum præterea hanc reſtrictionem clare *L. III. § VI. D de in rem verſ.* maximopere fulciat.

q) QUAE lex, an ad alia civitatis negotia applicari poſſit, non ſatis expeditum eſt. Negat LAUTERBACH. *in Diſſ. ad d. legem.* Affirmat BORNIUS *Diſſ. de condict. verſi ex mutuo ex contractu adminiſtrator. contr. civit. compet. cap. VII. § I.* Quod omnino verum eſt, modo cum LEYSERO *Spec. CXXXI. med. I.* diſtinguas negotia civitatis, quæ ſolo conſenſu perficiuntur, ab iis, ubi civitas ex traditione rei, vel acceptione pecuniæ aut alius rei, obligatur. Ibi enim de verſione in rem lis oriri nequit. Hic vero, ſi ſe non ipſa civitas, ſed adminiſtrator civitatem obligavit, juſtum eſt, ut prior ex facto alieno non obligetur, quam probata verſione in rem *L. VII. ſ. I. C. quod cum eo, qui in alien. poteſt.*

r) IMO ex re eſt, ut generalem hic ſubſtituamus regulam: Neminem ex negotio, ab

adeoque, si pecunia non fuerit versa in utilitatem universitatis, ipsi soli administratores, qui contraxerant, eorumque heredes, non universitas tenebitur.

VIII. Porro 2.) singulare privilegium competit filiisfamilias ex Senatus Consulto Macedoniano [r], quo statutum est, ne quis filiofamilias pecuniam mutuo det, & denegatur repetitio pecuniæ mutuo datæ. *tot. tit. ff. de SCt. Maced.* Non vero locum habet hoc beneficium 1. si patris consensu [s] pecunia mutuo accepta *l. 12. ff. de SCt. Maced. l. 4. l. ult. C. eod.* 2. si in rem patris pecunia versa *l. 17. ff. d. t.* 3. si a filio quidem

alio ejus nomine gesto, si obligatio ex acceptione rei vel pecuniæ deducitur, cum effectu posse conveniri, quam versione prius probata. Ea itaque probanda est, si tutor nomine pupilli mutuum accepit *L. III. C. quand. ex fact. tutor.* si administrator Ecclesiæ mutuo sumsit pecuniam nomine Ecclesiæ Böhmer. *Jur. Eccl. Protest. Lib. III. Tit. XVI. §. XL.* si socius eo nomine socium obligare vult *L. LXXXII. pro soc.* Imo ne mandans quidem aliter obligatur, si mandatarius limites mandati, mutuum contrahendo, egressus est. *L. XXVII. Mandat. L. X. C. de prӕscr. L. fin. D. de exercit. action.* Cum vero omnino æquum sit, ut teneatur ille ex versione, qui non contraxit ipse, quo cum alterius damno non fiat locupletior, nec liberabit se ab obligatione, qui absque forma, a legibus præscripta, contraxit, & pecuniam accepit mutuo. Quare & minor atque pupillus, cui soli credita est pecunia, tenetur versione probata *L. II. C. si adv. credit.* Hoc tamen addam, necesse est, probationem illius versionis in rem admodum difficilem esse, nec enim sufficit confessio eius, in chirographo facta, ceu demonstrat Leyser. *Spec. CXXXI. med. IX.* Quare, qui cum administratore solo contraxit, caveat, ne statim experiatur contra ipsum dominum; sed potius cum administratore agat. Nam hic, ut se a restitutione liberet, vel ipse proclivis erit ad suppeditanda subsidia, quæ probationem de versione, in utilitatem domini vel universitatis facta, facilem magis reddunt. Optimum vero consilium est, ut, qui universitatem vel minorem ex mutuo obligare vult, adhibita forma, a legibus præscripta, contractum perficiat, add. Strick. *Caut. Contr. Sect. II. cap. I.*

*r*) Quod privilegium tamen non liberorum, sed patris est, ne ex mutuo a filiofamilias, qui adhuc sub potestate ejus vivit, conveniatur, nec filius eo aliter, quam ex persona patris, utitur. Quapropter filiusfamilias, a patria potestate liberatus, ob *L. III. § ult. de SCto Maced.* vel qui, sub patria potestate constitutus, propria tamen bona habet vi *L. I. in fin. L. II. D. L. VII. §. I. C. Eod.* omnino obligatur. Imo, & sui juris factus, cum effectu debitum, quod filiusfamilias contraxit, agnoscit expresse & tacite. Et hic quidem, si partes debiti ipse solvit, integrum debitum, siu pignus dedit, pro quantitate pignoris debitum agnovisse videtur, ut facile ex natura oppositionis deducitur, si *L. IX & IX. D. Eod.* invicem conferamus, add. Berger. *Resol. Lauterb. ad d. tit. qu. V.* Quo tamen Senatus Consulti exceptio effectum habeat, requiritur I) a creditore sciente datam esse pecuniam, quamvis & scientia unius creditoris alteri, qui correus est credendi, noceat Coccejus *Jur. Civil. Controv. tit. de SCto Maced. qu. II.* Qui ignoravit, se filiofamilias credere, nec ignorantiam facile vincere potuit, excusatur *L. III. pr. L. VII. §. VII. L. XIX. Eod.* II) datam esse pecuniam ab eo, qui mutuo ipse dare poterat, nec, si dare potest, beneficio restitutionis in integrum utitur. *L. III. §. II. Eod.* Contra hos enim SCtum non prodest. III) Pecuniam mutuo esse datam. De hoc enim casu agit solum SCtum *L. III. §. III. Eod.* Quodsi vero appareat, fraudem legi esse quæsitam, recte existimo, SCtum applicari posse. Pertinet huc sigillatim contractus mohatræ, qui dicitur realis, quo quis rem carius emit pecunia credita, & eandem mox revendit pecunia numerata, ut, quam mutuo habere non poterat pecuniam, sub his involucris acciperet, vid. Ziegler. *Diss. de contract. Mohatræ.*

*s*) Perinde vero est, sive ab initio consentiat, sive postea ratihabeat *L. XII. D. L. ult. C. de SCto Macedon.* Imo & tacite consentire potest, quando vel sciens non contradicit *L. IV. C. Eod.* vel absque protestatione de futuro solvit, & filii sui creditores securos reddit Brunnemann *ad L. ult. Quod cum eo, qui in alien. potest.* Quod tamen procul dubio intelligendum est de casu, si pater sæpius solvendo consuetudinem solvendi contraxerit. Nam ex eo, quod pater filio unum debitum contrahenti adsensit, in reliqua debita eum consensisse, dici nequit.

in rem suam impensa, sed in id, ad quod pater ex pietate u tenetur, ad studia v. c. alimenta &c. *l. 7. §. 13. ff. de SCt. Macedon. l. 5. C. eod.*

IX. FORMA hujus contractus consistit in eo, ut res fungibilis tradatur, & acceptetur ita, ut accipientis fiat, indeque is obligetur ad reddendum idem genus, in eadem quantitate & qualitate. *pr. I. quib. mod. re contr. obl. l. 2. l. 3. l. 30. ff. de reb. cred.*

X. CONSISTIT igitur obligatio debitoris in eo 1.) ut tantundem, seu eadem quantitas reddatur x. *l. 3. l. 11. §. 1. ff. de reb. cred.* 2.) ut in eodem genere reddatur y. *l. 2. pr. eod.* hinc pro pecunia non potest dari vinum, nisi consentiente creditore, 3.) ut ejusdem qualitatis seu bonitatis z reddatur: hinc non potest reddi vinum novum pro vino veteri; pecunia reproba pro bona: sed in mutatione monetæ, sive extrinseca, sive intrinseca bonitas fuerit mutata, inspiciendum est tempus contractus, ut scilicet ad id moneta jam reddenda reducatur. Limitatur tamen hoc 1. si pravam monetam, perinde ut probam, quis impenderit tunc etiam proba erit restituenda, vid. RICHTER, *Decis. 72. n. 23.* 2. si pecuniæ reddendæ qualitas a contrahentibus sit expressa; ut si in specie tha-

u) NIMIS late Doctores hoc in casu patris obligationem extendunt. Sigillatim SCHÖPFER. *secul. Diss de sumtib. studior. cap II.* etiam judicis arbitrium admittit, ut dispiciat, anne, si pater filium studiis incumbere nolit, capacitas tamen persuadeat, ut nihilosecius literis sese mancipet, perspecta vero hac capacitate, patris dissensum saluti publicæ, quæ per literas promoveretur, postponat, illumque ad sumtus studiorum subministrandos cogat. Verum, si dicendum, quod res est, non video causam, ex qua patri dissentienti necessitas illa imponi possit. Non enim hoc sufficit, ut salutem publicam prævertamus, cum & Reipublicæ intersit, ut ad opificia, artificia & mercaturam accedant homines emunctiorum narium.

x) MUTUUM enim sua natura Romæ gratuitum erat. Nec pactum quidem de usuris præstandis valebat *L. XI. §. I. de reb. credit.* sed stipulatione opus erat peculiari *L. XXIV. præscript. verb.* quam adeo naturæ mutui adversari credebant Romani, ut negotium ipsum in fœnus degeneraret; quod semper odio prosecuti sunt. Postea quidem pactum de usuris, tanquam adjectum, tolerarunt. NOVELL. *XXXII.* Habet tamen mutuum gratuitum nihilosecius peculiaria privilegia. Quorum primum est, quod in concursu creditorum præferatur fœneratitio *L. VII. §. II. Depos. L. XXIV. §. II. de reb auctor. judic. possid.* secundum vero, quod, si minori soli absque usuris mutuum datum, creditor non debeat probare versionem in rem, sed minor potius ecc..e, se læsum esse ex acceptione mutui *L. II. C. si advers. credit.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. P. I. p. 36.*

y) QUA in re, ut mutuum a multis aliis contractibus, ex quibus res in specie restituenda venit, sese distinguit, ita etiam a contractu vitalitio, *Aliments- Unterhalts- Versorgungs- Contract* differt. Per hunc enim contractum id agitur, ut quis vel omnium bonorum, vel certæ bonorum partis dominium in tertium transferat, qui loco alimentorum ad dies vitæ usuras solitis majores præstet, atque usurarum excessum cum ipsa sorte post mortem creditoris compenset. Quo nomine etiam hic contractus sese ab usuraria pravitate distinguit, cum aleam contineat, &, quousque alimenta præstari debeant, incertum sit. Necesse tamen est, ut probabilis vitæ terminus attendatur, & ejus respectu annua præstatio, augeatur vel minuatur *L. LXVIII. ad L. Falcid.*

z) IN mutuo itaque pecuniario respiciendum est ad pecuniæ materiam, *Kern*, quantitatem, *Schrot und Gewicht*, & formam *Schlag und Gepräge*. Ut enim naturæ mutui, quando pecunia restituenda ast, satisfiat, debitor tantundem quod ad materiam, pondus & formam, reddere debet, & valor inspiciendus est, qui fuit tempore contractus. *L. III. D. de reb. credit.* Incrementum itaque valoris debitor deducit, quia creditor alias plus consequeretur, quam dedit, decrementum debitor supplet, quia creditor alias minus reciperet. Quod æquitati quam maxime convenit. Decrescente enim monetæ pretio, pretium rerum intenditur, accrescente, imminuitur. BERGER, *Resol. Lauterb. ad tit. de reb. credit. p. m. 169.*

leri fuerint crediti, cum pacto ut thaleri in specie restituantur [a], tunc ejusmodi conventioni est standum.

XI. AD consequendum id, quod mutuo danti, seu creditori, a debitore præstandum est, datur condictio certi [b]. *tot. tit. ff. si cert. pet.* quæ specialis vocatur actio ex mutuo §. 22. *I. de action.*

## TITULUS V. DE COMMODATO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Commodati defin.* L. 13. ff. t. 6. commodati vel contr. II. *Personæ contrahum ineuntes.* III. *Qua de re ineundus.* IV. *Forma.* V. *Obligatio primaria.* VI. *Hinc datur actio commodati directa.* VII. *Obligatio secundaria.* VIII. *Inde datur actio contraria.*

I. COMMODATUM est contractus, quo certa species alicui gratuito utenda conceditur ita, ut eadem, finito usu, restituatur. §. 2. *I. quib. mod. re contr. obl.*

II. INEUNT igitur hunc contractum commodans & commodatarius: & nihil refert quoad hunc contractum, an dominus, an fur sit commodans, *l. 15. & 16. ff. commod.* add. *Tit. 3. aph. 6. h. libr.*

III. COMMODATO datur certa species & certum corpus, quod usu non absumitur [c]. *l. 3. §. ult ff. commod.* & nihil interest, an mobilis, an immobilis res sit, *l. 1. §. 1. ff. eod.*

IV. FORMA commodati consistit in eo, ut res tradatur ad usum certum [d]. *l. 5.*

a) SED nihilosecius consultum est, ud ad omnes lites evitandas in chirographo æstimatio cujusque thaleri simul exprimatur STRYCK. *de probat. vers. credit. cap. I §. XII.*

b) QUAM tamen, nonnisi elapso tempore, restitutioni præstituto, possumus instituere. Imo, nec creditor, cujus fortan ratione usurarum interest. oblatum mutuam recipere debet invitus, Si de tempore non convenerit inter partes, interpellatis præcedere, & debitori spatium creditor concedere debet, ut solutionem procurare possit. Quod spatium, nisi in chirographo sit expressum, (id quod semper utiliter fit, eo modo, *dass das Capital ein halb, ein viertel Jahr, oder sechs Wochen vorher aufgekündiget werden solle,*) creditor a judice, pro quantitate debiti, determinandum curet, quo moram debitoris probandi non desit occasio.

c) ET sic species regulariter requiritur. Nil tamen obstat, ne res etiam fungibilis objectum sit commodati, modo non detur, ut fungibilis, id est, ea conditione, ne usu consumatur. Posse etiam & pecuniam commodari dicis causa, pro forma, simulate, ad ostentationem & pompam, docet BRUCKNER. *Diss. de eo, quod fit dicis causa.*

d) IN quo differt a precario, quod incerti usus causa conceditur, tamdiu, quamdiu is, qui concedit, patitur *L. I. pr. de precar.* Est itaque genus liberalitatis & ex beneplacito concedentis dependens, magisque ad donationes accedit. Quamvis enim in *L. XXIII. de Regul. jur.* precarium contractibus annumeretur, id tamen non absolute fit, sed secundum quid, ratione præstationis doli & culpæ. Inde vero satis apparet, illam similitudinem precarii cum commodato, quam adstruit *L. I. §. III. de precar.* non esse nimis extendendam. Nam I) Commodatum, ut diximus, ad certum finem datur, non precarium, per consequentiam etiam II) illud ante finitum usum revocari nequit, hoc vero omni momento est revocabile *L. I. § II. L. II. §. I. Eod.* modo tamen non revocetur statim post traditionem, & sic usus vel plane intercipiatur, vel damnum alteri inferatur. III) Commodatarius omnem, ille, qui precarium habet, minimam solum diligentiam præstat *L. VIII. §. III Eod.* IV) Precarium morte dantis expirat *L. XII. § I. Eod.* Ex eo

§. 8. *l.* 17 §. 3. *ff. commod.* & quidem gratis[e]. §. 2. *I. quib. mod re contr. obl.* juncta *l.* 17. § 3. *ff de P. V.* restituenda finito usu in specie[f]. *l.* 2. *pr ff. de reb. cred. l* 3. §. *f. commod.*

V. OBLIGATIO igitur ex hoc contractu principaliter consistit in eo, quod is, cui res aliqua utenda datur, teneatur debito tempore eandem restituere, & quidem non redditam, seu dolo, seu culpa qualibet, deteriorem, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 2. *l.* 18. *pr. ff commod.* §. 2. *I. quib. m. re contr. obl.* de casu vero fortuito commodatarius non tenetur, *dd. text.* nisi expresse ita convenerit[g]. *d l* 5. §. 2. *l.* 1. *C. eod.* add. GROT. *introd. in Jus Belg. L.* 3. *c.* 9.

VI. Ex hac principali obligatione datur directa actio commodati, qua commodans experitur adversus commodatarium, ut finito usu[h] rem eandem, æque bonam, restituat cum omnibus accessionibus. *arg. l.* 5. §. 9. *l.* 13. §. 1. *ff. comm. l.* 38. §. 10. *ff. de usur.*

interim, quod diximus, commodatum concedi ad certum usum, facile colligimus I) Commodantem retinere dominium, & sic quoque facultatem, rem a quovis tertio possessore vindicandi. Quod tamen Jus Lubecense & Hamburgense, quod ad tertium bonæ fidei possessorem, ob favorem commerciorum, limitat, & commodantem ad commodatarium, ut cum eo personaliter agat, ablegat MEVIUS *ad Jus Lubec. Lib. III. tit. II. art. I.* SCHILTER. *Ex. XXV.* § *V. sqq.* II) Commodatarium non posse adhibere rem ad alium usum. Si id nihilosecius fiat, furtum usus committitur, & jure Romano duplicatum pretium, quod pro usu rei habere potuisset commodans, præstandum est *L. XII.* § *fin. L. XLVI.* §. *I. D. de furt.* Imo & hodie commodantem ad interesse præstandum agere, vel ob abusum commodatum revocare posse, pro certo habeo, cum abusus juris mereatur privationem juris. III) Rem commodatam ad usum habilem esse, &, si damnum habeat commodatarius, commodantem de eo respondere debere *L XVIII.* §. *III. Commod.*

*e*) IN quo se iterum distinguit a locatione conductione. Admittit tamen honorarium, nec naturam mutat, modo honorarium arbitrio commodantis relinquatur, nec partes de eo sigillatim conveniant. Cæterum patet quoque exinde, in hoc contractu commodatarii solum utilitatem versari, quapropter ad omnem tenetur diligentiam *L. V.* §. *II. Commod.* Ex quo tamen vix colliges, obligatum esse commodatarium, ut in periculo communi res commodatas suis præferat, quod alias SCHILTER, LAUTERBACH, pluresque alii defendunt, & *L. V.* §. *IV. Commod.* in subsidium vocant. Sed vereor, ne otiosa sit hæc observatio, quamcunque etiam adhibeas distinctionem. Nam certe de casu commodatarius non tenetur. Periculum itaque, quod absque ejus culpa existit, eum restitutione commodati vix onerabit. Sin culpa commodatarii præcesserit, tenebitur omnino. Sed vix credo, eum hoc in casu ad illum posse adspirare stultitiæ gradum, ut res commodatas, si pretiosiores suis sint, negligat, suas, si viloris pretii sint commodatæ, periculo exponat.

*f*) Nisi perierit absque ejus culpa. Sin culpa sua, æstimationem præstat *L. XVII.* §. *fin. Commod.* Quando extat, præcise restituere debet. Nec enim prætextu alterius debiti eam retinet, *L. fin. C. Eod.* nec commodanti exceptionem dominii deficientis efficaciter objicit, cum illa sit de jure tertii. Exceptio tamen dominii competentis liberare poterit a restitutione, si probabile sit jus commodatarii.

*g*) QUOD tamen ex æstimatione rei non statim infertur, quippe quæ, ut alibi dixi, accedere potest, litis magis de pretio rei restituendæ, quæ non extat, evitandæ, quam dominii transferendi causa. Et, prius semper factum esse, præsumitur in dubio, ubi de contractu, per quem dominium non transfertur, sermo est. Id igitur nominatim agant partes, ut effectum dominii & periculi transferendi æstimationi concilient.

*h*) NON igitur ante finitum usum repetitur res, nisi necessitas quædam improvisa superveniat, quæ efficit, ut commodans re sua amplius carere nequeat. Nemo enim rei suæ usum facile concedit, nisi, qui existimat, se re non indigere. Quodsi postea, se errasse, intelligat, commodatum vel ideo revocare poterit, quia res in eum pervenit statum, unde initium habere non potuit STRUV. *decis. Sabbath. cap. V. de-*

VII. SE-

VII. Secundaria vero & accidentalis obligatio est, qua commodans etiam commodatario tenetur, si 1.) forte intempestive usus rei fuerit revocatus. *l.17. §.3. ff. commod. c. un. in f. X. eod.* 2.) si dolo latave culpa commodantis damnum illatum ex re commodata *l.61. §.6 ff. de furt. l. pen. ff. commod.* 3.) si necessarias impensas [i] fecerit commodatarius in res commodatas, *l.18. §.2. commod.*

VIII. Hinc datur contraria commodati actio, quæ competit illi, qui aliquid commodato accepit, adversus commodantem, ad damna & impensas resarciendas *l.17. §.3. l.18. §. pen. ff. commod.* Potest etiam propter impensas commodatarius rem tamdiu retinere, usque dum ipsi satisfiat. *l.18. §. f. ff. commod.*

## Titulus VI. De Deposito.

### Summaria.

Aphor. I. *Depositi definitio* L. 6. ff t. 3. depositi vel contra. II. *Personæ contrahentes*. III. *Res, quæ deponuntur*. IV. *Forma*. V. *Obligatio principalis ex hoc contractu*. VI. *Inde datur actio directa*. VII. *Obligatio secundaria*. VIII. *Inde datur actio contraria depositi*. IX. *Singularis species depositi est sequestrum*. X. *Sequestratio non nisi certas ob causas permissa*. XI. *Officium sequestris*. XII. *Actio sequestraria*.

I. Depositum est contractus, quo res aliqua gratuito custodienda traditur & suscipitur. *§. 3. I. quib. m. re contr. obl.*

II. Ineunt hunc contractum deponens, qui committit rem custodiendam, & depositarius, qui recipit. add. *l.31. §.1. ff. depos.*

III. Deponi possunt res omnes, quæ custodiendæ & asservandæ ad aliquem deferri possunt. Unde patet, proprie rerum mobilium esse depositum *l. 1. pr. ff. depos.* rerum vero immobilium si custodia committatur, potius est mandatum [k], quam depositum. *arg. l.5. §.4. ff. de P. V.*

IV. Forma igitur hujus contractus consistit in eo, ut res tradatur in eum finem [l], ut gratis custodiatur, & custodia ad lubitum deponentis restituatur, *l.1. § 6. ff.*

*cis. l.* Quod in omnibus pactis evenire, ut, mutata plane rerum facie, obligatio evanescat, si rei dominium non est translatum, certo certius est, cum subintelligi semper soleat clausula: rebus sic stantibus. Coccejus *Diss. de clausul. reb. sic stantibus*.

*i*) Non itaque quæcunque repetit, sed eas solum, quæ ad perpetuam rei conservationem faciunt. Naturali enim ratione, quia gratis usum rei habet, modicas de suo ferre debet. *L. XVIII. §. II. Commod.* In dijudicanda autem quæstione, utrum magnæ, an modicæ fuerint impensæ, æquitas naturalis in subsidium vocanda est, ea quidem ratione, ut dispiciamus ad locarium, quod alias, si rei usus non gratis concessus fuisset, commodans exigere potuisset. Quæ enim locarium excedunt, magnæ dici merentur.

*k*) Verum hoc indistincte affirmare non possumus. Cum enim in sensu juridico custodia rei, non præcise rem ita clausam habere, ut auferri nequeat, sed potius cavere, ne res deterior fiat, & damni quid patiatur, significet, depositum certe in rem æque mobilem ac immobilem cadit. Et ideo vero prius, si custodia rei immobilis concredita sit, mandatum non adest, quam administratione rei simul commissa. Multumque interest, utrum, depositum, an mandatum, subesse, statuas, cum depositarius latam solum, mandatarius vero levem culpam præstet.

*l*) Requiritur nempe, ut primario custodiæ causa res tradatur, id est, totum negotium unice custodiæ causa, gratuito peragendæ, suscipiatur. Nam, si compenset deponens custodiam mercede, locatio conductio magis ad-

*depoſ.* Hinc conſtat, depoſitarium non poſſe re depoſita uti, niſi hoc ipſi permittatur[m]. *l.* 1. §. 34. *l.* 25. §. 1. *ff. depoſ.* & quod merces pro cuſtodia non intervenire debeat in contractu depoſiti: honorarium vero, ſeu modicam remunerationem, depoſitum admittit. *l.* 1. §. 9. *ff. d. t.*

V. Ex hac forma oritur principalis obligatio ejus, qui depoſitum ſuſcepit, ut ſcilicet rem cuſtodiat, eandemque in ſpecie reſtituat[n] cum omni acceſſione. *l.* 1. §. 24. *ff. depoſ.* & præterea damnum, dolo latave culpa ejus illatum, præſtet. *l.* 23. *ff. depoſ. l.* 5. §. 2. *ff. commod.*

VI. Producit iſthæc obligatio actionem depoſiti directam, ut nimirum rem reſtituat, & præſtanda præſtet[o]; qua damnatus propter dolum fit infamis. *l.* 6. §. 6. *& 7. ff. de his qui not. infam.* Carpzov. *p.* 4. *C.* 45. *d. ult.*

eſt *L. I. §. VIII. & IX. Depoſ.* quamvis æque, ut in commodato, modica remuneratio, quæ ab arbitrio deponentis dependet, intervenire poſſit, vid. Stryck *de Cautel. Contr. Sect. II. cap. III. §. VIII.* Et ſi id non principaliter agitur, ut cuſtodiam rei quis ſuſcipiat, ſed magis, ut, alium contractum celebraturi, de cuſtodia rei ſimul ſuſcipienda conveniant, facile patet, tum non depoſitum contrahi, ſed id magis agi, ut major diligentia præſtetur ab accipiente, quam ex natura contractus alias præſtanda erat.

m) Quae conventio tamen adeo naturam depoſiti mutat, ut nomine ſolum depoſitum, quod irregulare vocant Doctores, re ipſa alius contractus, nempe quatenus uſus vel res fungibilis, vel non fungibilis, conceditur, vel commodatum, vel mutuum, adſit, & ex harum conventionum natura res omnis æſtimanda ſit. Imo, nec dubium eſt, quin privilegium depoſiti, ſimulac præter cuſtodiam aliquid accipienti permittitur, vel etiam ejus officium compenſatur, ſtatim ceſſet. Nam depoſitum, in ſe ſpectatum, prioritate gaudet in concurſu, compenſationis exceptionem non admittit, periculum non transfert, in depoſitarium, eundemque ad præſtationem culpæ levis non adſtringit. Quare cauti ſint ipſi deponentes, ne, vel tacite, juri ſuo renuncient, quod ſigillatim fit, ſi uſuras accipiunt *L. VII. §. II. Depoſit.* Quod autem dicunt, tacite depoſitum irregulare fieri, quando pecunia non obſignata traditur ob *L. XXV. § I. Eod.* id tum demum admittendum cenſeo, quando in corpora nummorum non cadit pretium affectionis Brunnemann. *ad L. III. C. Eod.*

n) Et quidem bona fide *L. XI. D. Depoſ.* & illico ad beneplacitum deponentis *L. I. §. XXII. Eod.* Et hinc eſt, quod nullo modo depoſitarius reſtitutionem remorari poſſit, neque per oppoſitam exceptionem compenſationis *L. XI. pr. C. Eod.* neque per exceptionem deficientis, vel ſibi ipſi competentis, dominii *L. I. § XXXIX. Eod. arg. L. XXV. C. Locat.* neque per impoſitionem arreſti Authent. *Sed jam cautum eſt. C. Depoſ.* Novell. *LXXXVIII. cap. I.* Quod inde eſt, quia peculiarem hic contractus ex parte depoſitarii requirit fidem. Quapropter etiam, ſi doloſe non reſtituit, infamis fit *L. X. C. Eod.* Imo, ſi tempore calamitatis, & ubi quis rei amittendæ periculo præſenti premitur, depoſitum contractum eſt, quod ſigillatim miſerabile dicitur, depoſitarius, qui, ſe depoſitum accepiſſe, negat, in pœnam inficiationis cadit, & in duplum condemnatur *§. XVII. J. de action.* Quæ pœna, quamvis hodie forſan, iis in locis, ubi ſigillatim non eſt approbata, ceſſet, ipſum tamen inficiantem, ſi dolus & animus lucrifaciendi accedat, pœna extraordinaria afficiendum eſſe, res ipſa poſtulat.

o) Sigillatim quæri ſolet, an ſi ciſta clauſa & ſignata tradita ſit depoſitario, hic de ſingulis rebus, in ciſta comprehenſis, reſpondere debeat, etiamſi ignoret, quænam res ſint incluſæ. Affirmat *L. I. §. XLI. D. Depoſit.* ſi prius depoſitarius de ſingulis rebus judici fidem faciat. Mihi ſequentes caſus videntur diſtinguendi. Aut ciſta tempore reſtitutionis clauſa adhuc & ſignata eſt, aut ſigilla fracta, vel, vim adhibitam eſſe, apparet. Illo in caſu deponenti, qui, res ſibi abeſſe, afferit, vix fides erit habenda, niſi adſint indicia falſi. Hoc vero in caſu ex deſigillatione oritur perfidiæ præſumtio, quæ depoſitarium, ſi alia ratione non poſſit eludere hanc præſumtionem, juramenti purgatorii præſtatione oneret. Quodſi vero depoſitarius homo levis notæ,

VII. Secundaria & accidentalis ex contractu depositi obligatio est, qua deponens depositario tenetur 1.) ob damnum, occasione depositi dolo vel culpa deponentis obveniens. *l.61. §.5. in fine ff. de furt.* 2.) ob impensas in rem depositam factas. *l.5. pr. l.23. ff. depos.*

VIII. Datur hinc actio contraria depositi depositario adversus deponentem, ut damna & impensas restituat. *dd. text.* Praeterea & jus retentionis habet depositarius, usque dum ipsi satisfiat. *d: l.18. §.f. ff. commun. l.23. ff. dep.* non obstat *l. pen. C. eod.* vid. Exercitatio *ad ff. XXI. th.23. n.3.*

IX. Caeterum singularis species depositi est sequestrum, quod est depositum rei litigiosae, quae tertio cuidam traditur ita, ut lite finita victori restituatur. *l.6. ff. depos.*

X. Haec sequestratio regulariter est prohibita p), *l. un. C. de prob. sequestr. c.1. X. de sequestr. poss. & fruct.* ob justas vero causas a judice decerni potest, ut si metus sit dilapidationis, vel si periculum sit, ne partes ad arma veniant. vid. Exerc. Nostr. *ad Pandect. XXI. th.50.*

XI. Officium igitur sequestris consistit in eo, ut rem commissam, seu mobilem seu immobilem, custodiat administretve, & rationes reddat, finita vero lite victori restituat.

XII. Oritur inde actio depositi sequestraria, quae datur victori contra sequestrem, ut officio suo satisfaciat. Datur quoque sequestri actio contraria contra litigantes ob impensas & damna. add. Clud. *tr. de sequestr. c.12.*

## Titulus VII. DE CONTRACTU PIGNORIS.

### Summaria.

Aphor. I. *Pignoris descriptio:* II. *Personae contrahentes. Res quae oppignerantur.* III. *Forma hujus contractus. Ejus differentia a pacto hypothecae.* IV. *Obligatio principalis.* V. *Inde datur actio pignoratitia directa.* L.13. ff. t.7. de pignorat. action. vel. contra. VI. *Obligatio secundaria.* VII. *Actio contraria.*

I. Pignus est contractus, quo debitor, in securitatem crediti, rem creditori tradit, soluto debito in specie restituendam. *§.4. I. quib. m. re contr. obl.*

deponens vera integrae vitae sit, hic ad juramentum suppletorium & in litem admittitur add. Struv *Exerc. XXI. thes. XLI.* Stryck. *de Cautel. Contract. Sect. II. cap. III. §. VII.*

p) Quatenus a judice, invitis etiam partibus, decernitur. Nam, volentibus partibus, judex contradicendi ne jus quidem habet. Quo nomine sequestrum etiam in voluntarium & necessarium distinguitur. Quod autem ultimae speciei regulariter sit prohibita vid. *L. unic. C. de prohibit. sequestr.* id inde est, quia possessione alterum privat, atque ingentes sumtus exposcit. Quare etiam, in causa possessionis, quae dubia redditur a partibus, ad eam non prius deveniendum est, quam si de possessione alterius certo non constet. De hac enim, si dubium non sit, de quo judici, praevia causae cognitione, facile constare potest, possessor potius mandatis poenalibus in possessione est tuendus Mevius *P. II. Decis. CCXXXIX.* Ex eadem ratione etiam Leyser. *Spec. CLXXVII. med. III.* recte defendit, posse sequestrum, durante lite, alterutri litigantium, cujus jus valde liquidum apparet, restitui. Generatim itaque, ut judex sequestrum decernere possit, requiritur, periculum adesse damni alicujus irreparabilis, alterutri litigantium

II. INEUNT hunc contractum debitor & creditor, & datur res quælibet pignori. vid. Lib. præced. *tit.* 35. *de jur. pign.*

III. FORMA hujus contractus consistit in eo, ut res tradatur ita, ut jus in re transferatur, quo securus sit creditor de debito [t], indeque is obligetur, soluto debito, ad rem oppignoratam restituendam. Differt igitur hic contractus a pacto hypothecæ in eo, quod hoc nuda conventione jus pignoris constituatur, etiamsi res non tradita fuerit, ex singulari scilicet dispositione Prætoris; *l.* 1. *pr. ff. de pign. act. l.* 17. § 2. *ff. de pact.* contractus vero pignoris desideret traditionem rei oppignoratæ. *d.* §.4. *I. quib. mod. re contrah. obl.*

IV. OBLIGATUR igitur in hoc contractu principaliter creditor debitori suo ad rem, soluto debito [r], reddendam cum omni causa & commodis, *l.* 40. § 2. *l.* 6. §. *ult. ff. de pign. act.* & integram, adeoque damna dolo, & culpa illata resarcire tenetur; non vero, quæ casu contigerunt. *d.* §.4. *Inst. quib. mod. re contrah. obl. l.* 13. §. 1. *ff. de pign. action.* quod etiam jure Saxonico hodie obtinet. CARPZ. *p.* 2. *c.* 26. *d.* 1. & 3.

V. AD persequendum, quod ex hac obligatione debetur, datur pignoratitia

imminentis. Quare facilior est via ad sequestrum rei mobilis vel infructuosæ, cum hic solum præcaveri soleat, ne in alium transferatur locum. De re vero immobili si sermo est, metus dilapidationis, armorum, vel justa suspicio adesse debet, præjudicium irreparabile alterum alteri illaturum. Ut sic etiam puella, quæ duobus de matrimonio fidem dedit, in sequestrum dari posse *c. XIV. X*. *de sponsal.* STRICK. *Us. Modern. tit. Depos.* §. *XV.* & *XVI.*

[q] INDEQUE est, quod jure Romano re oppignorata neque uti, neque aliquid ex pignore lucrari possit. *L. XXII. pr.* §. *I.* & *II. D. de pignoras. action.* potest tamen pignus sibi obligatum alii iterum obligare *L. I. C. si pign. pign. det.* sed eo solum effectu, ut jus secundi creditoris ulterius non duret, quam primi creditoris, eam, resoluto jure dantis, resolvatur quoque jus accipientis. Quo casu dubium, utrum debitor, qui prius oppignoravit, si reluere velit pignus, agere statim possit personaliter cum creditoris creditore, ut pignus reddat, an creditorem suum convenire debeat, ut pignus liberet, vel actiones contra illum, qui pignus tenet, debitori cedat. Mihi sic videtur statuendum esse, directam actionem personalem debitori contra secundum creditorem non competere ob expressam *L. XXVII. D. de pignor. action.* utilem tamen habebit absque cessione eo in casu, quando suus creditor, rem sibi oppignoratam, secundo creditori, ut rem debitoris, vi juris, quod ipsi competebat, eaque intentione, ut debitori contra secundum creditorem acquireret actionem, pignori iterum dedit. Et de hoc casu accipio *L. XL. D. de pignoras. act. L. II. C. Si pign. pign. det.* Quodsi vero creditor primus rem oppignoratam tanquam suam alteri dedit pignori, actione personali debitorem contra creditorem secundum experiri posse, vix mihi persuaderi patior, cum naturæ actionis personalis haud conveniat, ut contra tertium detur. Quare rei vindicatione potius experiri debet, nisi æstimatione pignoris, a primo creditore præstita, contentus esse velit. Nec enim ulla in Jure Romano lex extat, ex qua, debitori actionem personalem contra creditorem secundum indistincte experiundi datam esse facultatem, probari possit add. SCHILTER. *Exerc. XXVI. th. XI.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. VIII.* §. *XXXIII.*

[r] ET quidem non idonee solum per nummos probos *L. XXIV.* §. *I. de pignor. action.* sed & totum debitum cum omnibus accessionibus *L. XI.* §. *III. Eod.* actu ipso solvere debet debitor. Quodsi vero creditor moram committat in accipiendo, nec tamen actio pignoratitia ante solutionem debiti nascatur, necesse habet debitor, ut ad depositum, quod juris vocant, confugiat, atque se per solennem oblationem & depositionem ex præscripto *L. X. C. de pignoras. action.* ab obligatione liberet. Requiritur enim I) citatio creditoris ad videndum deponi II) oblatio realis & totalis in forma & materia III) opportuno loco & tempore facta IV) obsignatio a præsente judice competente peragenda, V) depositio in loco judicii, vid. BERGER. *Oec. Jur. Lib. III. Tit. XV.* §. *V.*

directa actio debitori contra creditorem [s], ut scilicet rem oppignoratam secundum aphorismum præcedentem restituat. *l.9. §.3. ff. de pign. act.*

VI. SECUNDARIO vero & per accidens obligatur etiam debitor creditori ex hoc contractu pignoris, si nimirum 1.) forte res aliena fuerit pignori tradita ignoranti. *tot. tit. C. si aliena res pignor. dat.* 2.) si damna dolo culpave debitoris, creditori ratione pignoris obvenerint. *l.31. ff. de pignor. action. l.61. §.1. ff. de furt.* 3.) si quid impenderit creditor necessario vel utiliter [t] in pignus. *l.8. pr. l.25. ff. de pign. action.*

VII. AD consequendum, quod ex hac obligatione debetur, datur creditori adversus debitorem actio pignoratitia contraria. *l.31. ff. de pign. action.*

## TITULUS VIII. DE STIPULATIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Stipulationis definitio.* L. 45. ff. t. 1. de verbor. obligat. II. *Ejus hodie non est usus: promissio tamen debet constare certa causa.* III. *Sponsionum descriptio.*

I. STIPULATIO est [u] contractus, conceptis verbis constans, quibus alter præsens interrogat, & alter itidem præsens, qui interrogatur, daturum se, facturumve id, quod interrogatus est, congruenter & continuo respondet. *l.5. §.1. ff. de V. O.* vel breviter: stipulatio est contractus, qui perficitur ex interrogatione, eamque subsecuta ordinata responsione. *l.1. ff. de V. O. pr. I. eod.*

II. QUAMVIS vero hodie stipulatio non necessaria sit ad hunc finem, ut quis firmius obligetur, sed omnis promissio deliberato inita actionem producat, quibuscunque verbis concepta, vel quocunque modo consensu expresso, adhuc tamen opus est, ut

s) NON itaque, ut dixi, contra tertium possessorem, nisi eum, qui rem oppignoratam, ut rem debitoris, a creditore pignori ictum acceperit. Secus igitur est, si creditor vel pignus, ut suam rem, oppignoraverit, vel pignus distraxerit. Tum enim rei vindicatione opus. Quam enim in contrarium afferunt *L. II. C. Si pign. pign. dat.* illa de pignore alienato plane silet. *L. III. C. si vendit. pign. agat.* actionem solum revocatoriam concedit contra eum, qui fraudis particeps pignus distractum emit. Nec Jus Canonicum novi quid statuit. Nam *c. VI. X. de pignorat. action.* debitori quidem contra tertium agere permittit, id autem mediante actione pignoratitia fieri posse. neutiquam disponit add BÖHMERI *Jus Eccles. Protest. Lib. I. Tit II. §. LXXII.* BERGER *P. I. Supplem. ad Elect. Disc. Forens. p.99 sqq. P. II. p.215.*

t) DE necessariis impensis res certa est, quod creditori restituendæ sint *L. VIII. pr. D. L. VII. C. de pignor. action.* Nec videtur prohibitio debitoris jus repetendi excludere, cum contra salutem publicam fiat, & Reipublicæ intersit, ut ædes ruinosæ fulciantur & reparentur STRYCK. *Us. Modern. D. g. tit. de negot. gest. §. ult. in fin.* Quod vero utiles impensas attinet, ut intra modum fiant, nec debitorem nimis onerent, requiritur. *L. XXV. D. de pignor. action.* Qua in re tamen, cum necessario arbitrium judicis admittendum sit, isque impensas repetenti nimis favere possit, consultum omnino erit, ut debitor adjiciat contractui pactum, quod creditor absque suo consensu nil impendere debeat vid. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. IV. §. XLIII.* & LEYSER. *Spec. CLVI. med. II.*

u) STIPULATIO Romanis erat actus legitimus, per solennem interrogationem, & congruam, quæ interrogantis verbum repetebat, responsionem a præsentibus peractus. Quo ipso statim patet, nullius hoc juris Romani argumentum hodie esse usus. Quodsi tamen ab iis, quæ actuum legitimorum naturam & verborum solennitatem sapiunt, discesseris, ut sic remaneat pactum, sive consensus duorum vel plurium in idem

promissio constet certa causa [w]. add. *l.25.* §. *ult ff. de probat. c.14. X. de fide instrum. l.2.* §.3. *ff. de dol. mal. & met. except.* vid. GAIL. 2. *O.* 13. *n* 9. COLER. *de proc. exec. p.* 3. *cap.* 1. *num.*7. BERLICH. *decis.*96. CARPZ. *p.*1. *C.*17. *d.* 39.

III. REFERRI huc possunt sponsiones [y], quæ nihil aliud sunt, quam mutuæ de re, cujus dubius eventus, stipulationes conditionales, ut nimirum Titius e. g. Cajo præstet 100. si urbs fuerit expugnata; e contrario Cajus Titio 100. si non fuerit expugnata. v. SANTERN. *de sponsion.* STRAUCH. *de spons.* HEIG. 2. *q.* 10. CARPZ. 2. *c.*19. *def.*18. STYP. *de jur. marit. p.*4. *c.*6. *n.*6. Immodicæ tamen sponsiones merito prohibentur. WEHNER. *voc. Wetten.* MEV. *ad Jus Lub. l.*3. *tit* 9. *art.* 3. *num.* 41. Agitur ex sponsionibus actione præscriptis verbis. ZAS. *in l.*39. *si certum pet.*

# TITULUS IX. DE FIDEJUSSORIBUS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Fidejussionis descriptio.* L. 46. ff. t. 1. de fidejuss. & mand. II. *Personæ, hunc contractum ineuntes, inhabiles sunt fœminæ, ob SCt. Vellej.* L. 16. ff. t. t. ad SCtum Vellej. III. *Quod non obtinet, ubi non subest intercessio.* IV. *Sunt & alii casus excepti.* V. *Obligatio fidejussoris, unde datur creditori actio.* VI *Competit fidejussori beneficium* 1. *ordinis.* VII. 2. *Divisionis.* VIII. 3. *cedendarum actionum.* IX. *Licet vero actiones non sint cessæ, tamen datur actio fidejussori contra debitorem.* X. *Dantur etiam remedia fidejussori contra debitorem, ut solvat ipse creditori.*

I. SINGULARIS species stipulationis est fidejussio [z], qua nimirum quis pro alieno debito fidem suam apud creditorem interponit, ut diligentius huic cautum sit. *l.*1. §.8. *ff. de O. & A. pr. I. de fidejuss.*

placitum, certe omnino utilitatem habebunt ea, quæ in stipulationibus obvia ad pactorum naturam proxime accedunt.

x) CONSENSUM enim contrahentium specificum esse debere, & de certa re conceptum, jam supra dixi. Ubicunque itaque causa specialis debendi non subest, pactum nullam vim habet. Quamvis enim pactum, quod nihil certi determinet, obligationem naturalem habere possit, cum fundamentum obligationis ex utraque parte adsit; Jus tamen Civile ei ideo non assistit, quia istiusmodi pactum incertæ pollicitationis inextricabiles habet difficultates. Maluerunt itaque JCti implementum harum promissionum cujuslibet pudori relinquere, quam actionem concedere. *L. CVIII.* §. *I. de Verb. Oblig. L. LVI.* §. *III. D. L. XVII. C. Mand.* Sola promissio dotis excepta est, quippe quam, utut generaliter conceptam, leges tolerant, & dotem, pro modo facultatum promittentis & dignitate mariti, determinandam censent *L. LXIX.* §. *IV. de jur. dot. L. III. C. de dot. promiss.*

y) RECTIUS dixeris, sponsiones esse promissiones reciprocas, in eum casum factas, si eventus jam incertus, & utrique contrahentium ignotus, certus sit futurus. Hac enim ratione vides, naturam sponsionum eam esse, quod I) omnia requisita adesse debeant, quæ in pactis desiderantur. Sigillatim fiant bona fide, absque dolo & ambiguis aut sophisticis locutionibus. Alias enim vel plane nullam habebunt obligationem, vel interpretatio fiet contra eum, qui obscure locutus est, nec juxta verborum proprietatem. Fiant etiam de re licita *L. XVII.* §. *fin. de præscr. verb.* II) Admittere sponsiones eas solum conditiones, quæ pactis adjici possunt. Sic vero non valebit sponsio, quæ vitæ, membrorum, vel famæ jacturam, quæ turpia, quæ derisoria præmii loco offert. III) Utrumque promittentem eventum nescire debere. Qui jam rei certam notitiam habet, & spondet tamen, in dolo est, nec valet negotium, nisi bona fide, se jam notitiam rei habere, confessus sit, alter vero nihilosecius spondeat, quia tum pure donasse videtur. IV) Sponsiones æque de præteritis ac futuris fieri posse. V) Requiri quidem reciprocam promissionem, eam

II. INEUNT igitur fidejussionem creditor & fidejussor. Sunt vero inhabiles [a] ex specialibus caussis cumprimis fœminæ, quibus competit beneficium SCti Vellejani [b] *tot. tit. D. & C. ad SCt. Vellej.* Non solum vero fœmina pro extraneo non effi-

vero ex utraque parte æqualem quantitatem vix desiderare. VI) Non valere sponsiones, quatenus temerariæ sunt, & sic quoque de maxima bonorum parte conceptæ judicis moderationem admittunt, ne sponsor egeat. add. LUDOVICI *Diss. de natur. & interpretat. Sponsionum.* FRIDERICUM HOHNDORFF *de sponsionibus.*

z) FIDEJUSSIO, si a solennitate stipulationis, quæ olim ad negotii efficaciam requirebatur, discesseris, est pactum accessorium, quo quis obligationem alterius principalem, quæ præstationem pecuniariam admittit, in securitatem creditoris ita recipit, ut in subsidium respondere velit. Differt itaque fidejussor & expromissor, cum posterior ipsam obligationem principalem ita in se derivet, ut, liberato plane debitore, se ipsum debitorem constituat. Deinde nomine quidem differunt fidejussor principalis, succedaneus, constitutor, mandator, ratione præstationis etiam fidejussor, & qui indemnitatem promittit. Omnium vero obligatio est subsidiaria. Nam succedaneus fidejussor accedit in gratiam primi fidejussoris, qui indemnitatem promittit, de omni damno, quod vel creditor, vel fidejussor incurrit, respondet. Constitutor ex reiterata promissione ejus, quod pacto nudo quis erat pollicitus, accessorie obligatur. Mandator ex commendatione speciali, vel jussu, qui ipsam obligationem principalem inter creditorem & debitorem præcedit, obligatur, si debitor suæ obligationi haud satisfacit. Cæterum ex ipsa definitione infero, I) Nullam esse obligationem ex accessorio contractu, si nulla est ex principali. Et qui scivit, debitorem principalem non obligari, & intercedit tamen, non fidejubere, sed donare præsumitur *L. XXV. D. de fidejussor.* II) Fidejussorem accedere posse omni debito, quod interesse pecuniarium continet, sive ex contractu, sive ex delicto oriatur. *L. VIII. §. V. L. LXX. §. V. D. Eod.* quousque legis prohibitio non obest, quale exemplum occurrit in *L. II. C. ne fidejuss. vel mand. dot. dent.* Sic vero per se patet, pro pœna, quæ interesse pecuniarium excedit, recipienda, fidejussionem inutilem esse. III) Fidejussorem se non posse obligare pro majori summa præstanda, quam quæ est in obligatione principali. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VI. §. XXVIII.* IV) Posse tamen fidejussorem se obligare efficacius debitore ipso, cum sufficiat, creditori securitatem præstari. V) Fidejussoris obligationem extendi haud posse ulterius, quam quatenus obligationem in se recepit. Inde, si fidejussionem ad certum tempus restrinxit, & creditor post temporis lapsum a debitore suum consequi non studet, fidejussio ratione futuri, & ejus intuitu, quod postea obligationi accessit, expirat *L. VII. C. de Locat. L. X. C. Mand.* Imo & ratione præteriti effectum amittit *L. XLIV. § I. de Oblig. & action.* nisi creditor probet, debitorem jam, durante tempore fidejussionis, non solvendo factum esse WERNHER *P. III. Obs. CVII.* vel interpellationem accessisse. IDEM *P. VII. Obs. XXXIV.* Quibus positis, facile patet, non opus esse protestatione, a fidejussore, se nolle amplius teneri elapso tempore facienda, quod alias ipsi injungunt LAUTERBACH. *Compend. Jur. tit. de fidej. in fin.* BEYER. *Delin. Pandect. d. tit. §. XXX.* VI) Fidejussorem non posse prius conveniri, quam excusso debitore principali NOVELL *IV. cap. I.* vel generatim, si probet creditor, debitorem desiisse esse solvendo, & quidem absque culpa ipsius creditoris CARPZOV. *P. II. Const. XVIII. def. XV.* VII) Formulas obligandi, in fidejussione adhibitas, si dubiæ sint significationis, ex natura tamen obligationis subsidiariæ ita explicandas esse, ne fidejussor damno afficiatur. Quapropter & formula, vi cujus fidejussor se, ut debitorem principalem, *als ein Selbst-Schuldner*, obligat, accipienda est de casu, si debitor principalis non solvat CARPZ. *P. II. Const. XVII. def. IX.*

a) EODEM vero modo, quo fœminis, prohibetur etiam militibus & clericis, ne intercedant in *L. XXXI. C. Locat.* NOVELL. *CXXIII. cap. VI.* quod clericorum intuitu approbat. *c. I. & penult. X. de fidejuss.* Dubitant tamen de harum dispositionum usu hodierno. Verum, quia caussæ prohibitionis, ne milites a ministerio Reipublicæ, & Clerici a cultu divino & animarum cura abstrahantur, naturalem videntur habere rationem, consultius recte erit, ut nemo fidejussorem clericum vel militem facile recipiat.

b) HOC Senatus Consultum, tanquam moribus & rationibus jurium nostrorum contrarium, cum omnibus clausulis suis in Germania

caciter intervenit, sed etiam in specie pro marito intervenire singulariter prohibetur. *auth. si qua mulier. C. ad SCt. Vellei. N.* 134. *c.* 9.

III. PERTINET hoc SCtum solum ad intercessiones pro alio factas [c]. Unde non obtinet 1.) si alii donent. vid. *l.* 4. §. 1. *ff. ad SCt. Vellei.* 2) si pro alio solvant, *l.* 4. *&* 5. *ff. d. t.* 3.) si indemnitatem promiserint, *l.* 8. §. 1. *d. t.* 4) si ipsa fœmina principaliter, aut in utilitatem suam, se obliget. *d. auth. si qua mulier.*

IV. PRAETEREA non obtinet SCtum [d] 1.) ob factum ipsius mulieris, ut si callide & dolose intercesserit. *l.* 18. *C. d. t.* si pretium pro intercessione acceperit. *l.* 23.

exulare debere, demonstrandum sibi sumsit LUDWIGIUS *Diss. de SCto Vellejan. exule.* Et, ne quid dissimilem, proxime accedit ad leges prohibitivas, ipsaque mulierum intercessio extentus est reprobata in Jure Romano, ut ne obligationem quidem naturalem produceat, ideoque mulieri condictio competat, si contra SCtum solvit *L. XL. D. de condict. indeb. L. XXXII.* § *I. ad SCtum Vellej.* Ipsa vero prohibitionis ratio Romanis propria videtur, cum intercessio, quia absque progressu in publicum fieri haud poterat, mulieres non deceret, virilibusque officiis annumeraretur. Sed enim vero, post temporum intervalla, & dum sequiori ætate Legislatores vel veram rationem nescirent, vel eam ab aliis scire nollent, privilegium magis mulierum fuisse videtur, ne ex intercessione obligatio in eas caderet, si nollent; omnisque ratio ejus ab imbecillitate sexus desumta est, *L. XXI. ad SCtum Vellej.* & nostris etiam hoc SCtum sub his qualitatibus innotuit. Quapropter nec dubitarunt Romani, quin mulieres SCto renunciare possint, absque omni solennitate vid. *L. fin.* §. *penult. D. Eod.* NOVELL. *CXVIII. cap. V.* præprimis vero *L. XXI. sqq. C. ad SCtum Vellejan.* Si tamen quid video, principium illud, intercessionem mulierum ob legem prohibitivam esse infirmam, Romani solum neglexerunt, quando mulier extranei obligationem recepisset. E contrario vero retinuerunt, quando in gratiam mariti uxor intercederet. Nam, nullatenus hoc negotium valere debere, constat ex NOVELL. *CXXXIV. cap. VIII.* & AUTHENT. *Si qua mulier C. ad SCtum Vellejan.* Quod etiam me movet, ut existimem, uxorem de Jure Romano non potuisse renunciare legi huic prohibitivæ. Imo nec hodie, recepto semel Jure Romano, simplicem authenticæ renunciationem subsistere posse, pro certo habeo. Quod autem, si jurato facta fit, valeat, id principiis Juris Canonici originem debet, quod omne juramentum servare jubet, si, salva salute æterna, servari possit.

c) RES omnis eo redit, ut statuamus: Mulierem ex nullo contractu, neque principali, neque accessorio, obligari, quem in aliorum favorem, qui pinguius privilegium non habent, celebrat, cum eventu dubio, ut damnum certo prævidere non possit. Sic I) perinde est, sive alienam obligationem veterem sive novam, accessorie vel principaliter, recipiat. II) Non tamen confugere potest ad SCtum, si intercessio in proprium suum commodum fiat, vel obligatio ad eam principaliter spectet *L. II. C. ad SCtum Vellejan.* Nam in propriis contractibus non juvatur *L. X. L. XII. L. XIII. C. Eod.* Sic etiam cessat SCtum, si aliquid accipit, ut intercedat *L. XXIII. C. Eod.* nec opus est, ut, quod accipit, proportionem habeat cum fidejussionis summa, ceu vult ZANGER. *de Except. P. III. cap. XI. n.* 145. Nam leges non distinguunt, nec casus concipi potest, ut quis fœminæ proportionatam summam offerat, cum ille, cujus tantæ sunt facultates, ut fœminam ex asse indemnem præstare possit, non opus habeat, ut pecuniam mutuo sumat. III) Non utitur SCto, si negotium, pro quo intercessit, sit magis favorabile, ut puta, libertatis datio *L. XXIV. C. De SCto Vellej.* dotis promissio *L. XXV. C. Eod.* minorennitas creditoris, qui debitori inopi credit *L. XII. D. de minor.* IV) Non locum habet SCtum, si damnum certo prævidet, e. g. si donat *L. IV.* §. *I. D. ad SCtum Vellej.* si pignus reddit *L. VIII. pr. Eod.* si pro alio solvit *L. I. & IV. C. Eod.*

d) CUM tota ratio SCti ab infirmitate & imbecillitate sexus desumi soleat, facile patet, semper cessare debere idem illud, quotiescunque damnum, in quod ob imbecillitatem sexus incidit, prætegere nequit. Cessat igitur, 1) si ab eo, pro quo fidejussit, indemnis præstita sit *L. XV. sqq ad SCtum Vellej.* 2) si pecunia accepta in rem ejus sit versa NOVELL. *CXXXIV. cap. VIII.* 3) si negotiationem exercet, 4) si callide versatur *L. V. in fin. L. XVIII. C. ad SCtum Vel-*

*d. t.* si

*d. t.* si post biennium repetierit intercessionem, *l.22. d. t.* si renunciaverit huic beneficio: modo de illo edocta fuerit [e], etiam extrajudicialiter, & non jurato. GAIL.2.O.77. Cæterum circa renunciationem, vel etiam iteratam intercessionem, si pro marito intercesserit uxor, specialiter notandum, quod ejusmodi intercessio non valeat [f], nisi juramento confirmata fuerit vid. *Constit. El.* 16. *p.* 2. ubi late hac de re egit CARPZ. *it. Dec. Elect. S.ix.* 25. quibusdam tamen locis juramentum non exigitur. CARPZOV. *d. loc.* Poiro 2.) cessat SCtum, si uxor cum viro communem negotiationem exerceat. GAIL. 11. *O.* 90. *n.* 5.

V. OBLIGATUR fidejussor creditori ad id, quod tempore fidejussionis in obligatione principali fuit: §.5. *I. de fidej.* tam ratione sortis, quam usurarum [g]. *l.*68. §. 1. *ff. eod.* & datur ex fidejussione creditori contra fidejussorem actio ex stipulatu.

*lej.* quod & fit, quando sæpius de privilegio admonita, & jam liberata ab obligatione, se nihilosecius secunda vice obligat. 5) si, dum consiliariis propriis instructa est, infirmitatis præsidium allegare nequit HERING. *de fidejuss. cap. VII.*

*e*) CERTIORATIO ipsa actus dicitur, quo rei alicujus ignotæ, quam tuto ignoramus, notitiam acquirimus. Eaque ideo utiliter in omnibus casibus adhibetur, quando quis non intelligit, nec intelligere debet jura, quibus renunciare cupit, vid. STRYCK. *Diss. de certiorat. jur. renunc.* Ut tamen ita fiat, quo effectum habere possit, omnino requiritur. Fiat itaque I) ab eo, qui ipse rei notitiam habet, II) in specie, III) verbis, quæ renuncians intelligit. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. V. §. VI. sqq.* Cave vero existimes, juramenti præstationem per se effectum certiorationis habere, & defectus certiorationis supplere. Sunt enim juramenti & certiorationis diversi fines. Id intervenit, ne quis tam facile promisso contraveniat. Hoc, ne quis ignorantiam jurium, quibus renunciavit, prætegat. vid. STRYCK. *d. Diss cap II. n.* 14. MEVIUS *ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. V. art. VII. n.*121.

*f*) ID vero ex lege prohibitiva esse, jam diximus, cujus ratio procul dubio in eo consistit, quia minis aut importunis flagitationibus maritorum ad intercedendum inductæ censentur, eædemque, minimum in gratiam mariti, cui contradicere non audent, se obligesse, præsumuntur. Inde recte inferunt Doctores. I) Non obligari mulierem, etiamsi beneficiorum suorum optime gnara fuerit, iisdemque jam sæpius erga alios creditores renunciarit LEYSER. *Spec. CLXXI. med. III.* II) Ne obligari quidem uxorem, quando in uno instrumento, tanquam correa debendi, una cum marito se principaliter obstrinxit, sed, subducta uxore, maritum solum teneri. WERNHER. *P. V. Obs. XLVI. P. VI. Obs. CCCLXIX.* Quare cauteiam idem ille commendat creditoribus, ut uxorem solam, tanquam debitricem principalem, maritum vero, tanquam fidejussorem, cum renunciatione beneficii excussionis, accipiant. III) Et hoc inferri posse puto, renunciationes mulierum Juri Romano haud esse conformes, cum earum intercessio non sit privati arbitrii, vid. *L. VII. §. XIV. L. XXXVIII. L. XLII. D. de pact.* Verum, hodie simplices quidem renunciationes effectu suo destitui, Doctores existimant, juratæ tamen plenam vim tribuunt, modo tamen de Jure Saxonico Electorali juramentum actu corporali sit præstitum per *d.* DECIS. ELECT. *XXV.* cum alibi omnino sufficiat, juramentum qualicunque ratione accessisse, een recte defendit BRUNNEMANN. *Consil. LXXXIX.* ESBACH. *ad Carpzov. P. II Const. XVI. def. VI.* SCHILTER. *Exerc. XXVIII. th. XI.* Verum enim vero id addamus, necesse est, prohibitionem, ne uxor intercedat, non extendendam esse ad viduam, sed hac ipsa, si æs alienum mariti, dum viveret, in se recepit, & post eius mortem denuo obligationem agnovit, jure aliarum mulierum censetur, quæ ex repetita intercessione obligantur. MEVIUS *P. VII. Decis. CCXXIX.* BERGER. *Oec. Jur. p.*617. STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. II. cap. VI. §. VIII.*

*g*) QUOD intelligi de eo, qui fidejussit in omnem causam, ut clara *L. LIV. pr. Locat. L. LVI. §. II. de fidejuss.* docet. Qui vero simpliciter se obligavit, nisi usurarum tempore contracti debiti & initæ fidejussionis expresse facta sit mentio, de usuris non respondebit, *L.*

VI. COMPETUNT vero fidejussori certa beneficia seu exceptiones, nimirum 1.) excussionis seu ordinis [b], quod scilicet reus principalis prius conveniendus & excutiendus sit, quod beneficium cessat 1. si reus principalis non sit solvendo, 2. si alibi degat, & difficulter conveniri possit, *Nov.* 4. *c.* 1. *auth. præsente. C. de fidejuss.* 3. si expresse huic beneficio renunciaverit fidejussor, quæ tamen renunciatio, secundum veriorem opinionem, non inducitur, si quis ut principalem, (*als einen Selbstschuldiger*) se adstrinxerit. CARPZ. *p.* 2. *C.* 18. *d.* 2.

VII. COMPETIT 2.) beneficium divisionis [i], nimirum si plures fuerint fidejussores. § 4 *I. de fidej.* quod beneficium cessat 1. si tempore, quo agit creditor, reliqui non sint solvendo *d* §. 4 2. si quis omiserit hanc exceptionem *d.* §. 4. 3. si quis illi beneficio renunciaverit expresse: non tamen inducunt renunciationem, juxta veriorem sententiam, verba: *samtlich und sonderlich*, *einer vor alle*, *und alle vor einen*. CARPZ. *d. loc. def.* 9. *Const.* 17.

VIII. DENIQUE datur beneficium cedendarum actionum [k], ut nimirum fidejussor conventus solutionem deneget, usque dum [l] creditor actiones cedat, contra de-

*LXVIII.* §. *I. de fidejuss.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. Supplement. P. I. p.* 833. Quod non opus est, ut præcise ex natura negotiorum stricti juris derivemus, & ideo usum ejus hodiernum negemus, sed ipsa fidejussionis indoles nonnisi strictam interpretationem admittit, quia fidejussor de damno vitando ubique certat, sic vero naturale est, ut ultra intentionem suam non obligetur.

*b*) QUAE exceptio olim, ubi stipulatione peragebatur negotium, fidejussori denegabatur, cum stipulatio, cum fidejussore inita, contractus principalis esset, vid. *L. II. L. V. & L. XIX. C. de fidejuss.* Sed postea intentionem magis fidejussoris, qui accedebat solum obligationi debitoris principalis, respexerunt Legislatores, & cum effectu fidejussoris obligationem subsidiariam esse jusserunt, quousque creditor suum a debitore principali consequi posset. Quotiescunque igitur creditor probare potest, debitorem vel solvere non posse, vel in ea causa esse, ut exactio multas habeat difficultates, & quasi litem contineat, fidejussor tenetur. Non tamen ipso jure fidejussori competit beneficium, sed urgere id ipsum debet fidejussor.

*i*) QUOD iterum olim cessabat, quia creditor cum singulis fidejussoribus stipulationem, & contractum principalem ratione integri debiti principalis inibat, ideoque singuli fidejussores, ut correi debendi, in solidum tenebantur. Verum denuo æquum visum est Legislatoribus, ut obligatio, a pluribus suscepta, inter eosdem pro rata divideretur, modo obligatio per se esset dividua, HERING. *de fidej. P. II. cap.* XXVII. *n.* 92.

*k*) QUOD in subsidium confidejussoribus concessum est, ut hoc ipso, si pro confidejussore solverent, contra eundem, quam non habebant, ex cessione, a creditore facta, acquirerent actionem. Recteque adhuc ad hoc beneficium provocant, etiamsi eidem renunciaverint. Quamvis enim ad jura renunciata regulariter non detur regressus, creditor tamen ex hac contraventione damnum non habet, sed regulam, quod tibi non nocet & alteri prodest, ad id potes compelli, agnoscere debet, CARPZ *P. II Const.* XVII. *defin.* XVII. Contra confidejussores itaque, ut actionem haberet fidejussor, inventum est beneficium. Sed ob paritatem rationis fidejussor recte eodem utitur, ut cum ipso debitore agat, si forsan pro invito fidejusserit *L.* XVII. *L* XLI § I. *de solut.* Imo, ipsa illa cessio utilitatem præstare potest, etiamsi jam alias contra debitorem actio competat, si nempe pinguior erat actio creditoris contra debitorem, quam remedium, quo fidejussor contra eundem uti poterat

*l*) NAM existimant interpretes, de cedendis actionibus sollicitum esse debere fidejussorem, antequam solvat, cum solutio ipsius creditoris jus & actionem extinguat. Sed enim vero, si dicendum, quod res est, fidejussor, qui confidejussorem liberat, negotia ejus gerit, eoque nomine recte cum illo agit, & sic, etiamsi cedi sibi actiones non curet, sibi tamen actione negotiorum gestorum consulere potest. Atque hoc est, quod dicitur in *L.* XXXVI. *D. de fidejussor.* fidejussorem non simpliciter solvere, sed nomen potius debitoris emere.

bitorem principalem, vel etiam confidejussorem. *l.* 11. 14. *&* 21. *C. h. t.* Carpzov. *d. l. d.* 20. Et debet quoque creditor pignora, si quæ habet, transferre, *l.* 2. *C. de fidej.*

IX. Quamvis vero actiones non sint cessæ, tamen ex æquitate datur fidejussori contra debitorem principalem actio mandati, vel etiam negotiorum gestorum m). Imo extendunt etiam hanc actionem negotiorum gestorum contra confidejussorem. add. Carpzov. *p.* 2. *c.* 17. *d.* 16. *&* 17.

X. Praeterea sciendum, quod liceat contra creditorem, exactionem debiti differentem, fidejussori, si ejus intersit exigi, instituere judicium ex *l. si contendat.* 28. *ff. de fidejuss.* Certis etiam casibus n) fidejussor contra debitorem principalem agere potest ante solutionem, ut liberetur a fidejussione. vid. *l.* 38. §. 1. *ff. mandat. l.* 10. *C. eod.*

## Titulus X. De Duobus Reis.

### Summaria.

Aphor. I. *Duo rei, stipulandi, promittendi.* L. 45. ff. t. 2. de duobus reis constit. II. *Cuilibet ex correis stipulandi in solidum debetur.* III. *Quilibet ex correis promittendi in solidum obligatur.* IV. *Competit tamen beneficium divisionis.* V. *Quod certis casibus cessat.*

I. Stipulatores & promissores, similiter & fidejussores sunt vel unus, vel plures, utrinque vel ex altera tantum parte, quorum illi stipulandi, hi promittendi rei sunt. Duo vel plures rei stipulandi sunt, qui unam eandemque rem, ab uno & eodem, ex una & eadem causa, simul sibi dari stipulantur. *pr. &* §. 1. *I. de duob. reis. l.* 2. *ff. eod.* Duo vel plures rei promittendi sunt, qui unam eandemque rem, ex una & eadem causa, uni & eidem dare simul promittunt. *pr. Inst. de duob. reis in f.*

II. Ex correali obligatione correis stipulandi singulis in solidum debetur. *l.* 9. §. *f. ff. de duobus reis constit.* §. 1. *I. eod.* Sed quia ratione rei debitæ una est obligatio correorum. *l.* 2. *ff. de duob. reis.* ideo uni ex correis, credendi seu stipulandi, si fuerit res soluta, perimitur tota obligatio, seu præstatio, quæ uni fit, a reliquis liberat. *d.* §. 1. *I. d. t. l.* 2. *l.* 3. §. 1. *ff. eod.* Is vero qui ex causa, omnibus correis onerosa o), solidum accepit, ad communicationem tenetur, & actione pro socio conveniri potest. *l.* 62. *pr. ff. ad L. Falcid.*

III. Similiter & quilibet promissor in solidum obligatur. *l.* 3. §. 1. *ff. de*

m) Quatenus vel pro sciente *L. XIV. C. de fidej.* vel pro ignorante, fidejussit, & creditori re ipsa satisfecit. Antequam vero debitorem liberavit, actionem regulariter non habet; quamvis sufficiat, creditori quomodocunque satisfactum esse, ut sic etiam agere possit, tametsi, interveniente donatione, vel remissione debiti, in sui favorem facta, nil solverit *L. X. §. XIII. D. Mand.* Quicquid autem solvit de suo, tanquam sortem solvit, eoque nomine, licet usuras creditori cum sorte præstiterit, nihilosecius usuras iterum exigit *L. XXXVII. D. de usur.* Ita responderunt JCti Jenenses M. Januar. 1737.

n) Si nempe debitor vel differat solutionem, vel bona dilapidare incipiat *L. XXXVIII. §. I. D. L. X. C. Mand.* Eadem ratione agit fidejussor, quando pro debito alieno ratione officii intercessit *L. XVI. de contr. tutel. action.*

o) Qui enim ex causa lucrativa, quod pluribus debetur, solidum exigit & accipit, sibi vigilare dicitur. Quæ distinctio tamen hodie usum non habet, sed correus correo semper communicat, quicquid accepit, licet nec socius sit, nec ita expresse convenerit Berger. *Oec. Jur. Lib. III. tit. III. §. III. n.* 4.

*duob. reis l.* 2. *C. eod.* Si vero unus ex promissoribus correis solvat, liberantur reliqui. §. 1. *I. d. t. l.* 2. *ff. eod.* Is vero, qui ex sociis correis solvit pro reliquis, ab his actione pro socio, quod ultra ratam solvit, repetere potest. *l.* 2. *C. de duob. reis* juncta *l.* 62. *ff. ad L. Falcid.* add. CARPZOV. 2. *C.* 17. *d.* 12.

IV. HABET tamen is, qui ex pluribus correis unus in solidum convenitur, beneficium divisionis, ut pro rata tantum solvat p. *N.* 99. *c.* 1. *auth. hoc ita. C. h. t.* add. ALEXANDER. *l.* 3. *cons.* 38. *n.* 1. *& l.* 2. *cons.* 147. HECTOR FELICIUS *tr. de societ. c.* 11. *n.* 28. *& c.* 30. *n.* 34.

V. QUOD tamen beneficium divisionis cessat 1.) si absens fuerit correus 2.) si non fuerit solvendo 3.) si renunciaverit illi beneficio. *d. Nov.* 99. *& auth. hoc ita.* add. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 17. *d.* 14. *&* 15. 4.) si sit socius, vid. §. 3. *I. h. t.*

## TITULUS XI. DE CONTRACTIBUS CONSENSUALIBUS IN GENERE, ET IN SPECIE DE EMTIONE VENDITIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Contractus consensuales.* II. *Emtionis venditionis descriptio.* L. 18. ff. t. 1. de contrah. emt. & de pact. inter emt. & vend comp & quæ res ven. non poss. III. *Personæ contrahentes.* IV. *Forma* V. *Merx certo & determinata venditur. Aliquando rei per aversionem venditur. Aliquando ad mensuram. Firmiter rei adhærens simul vendita censetur.* VI. *Pretium consistit in pecunia numerata.* VII. *Aliquando scriptura ad perfectionem contractus pertinet.* VIII. *Obligatio mutua ex hoc contractu.* IX. *Obligatio venditoris.* L. 18. ff. t. 6. de peric. & comm. rei vend: X. *Dominium non transfertur rei venditæ, nisi pretio soluto, aut fide de eo habita.* XI. *Venditor tenetur ad evictionem præstandam.* XII. *Actio emti venditi.* L. 19. ff t. 1. de act. emt. & vend. XIII. *Emtioni venditioni adjicitur aliquando I. Addictio in diem.* L. 18. ff. t. 2. de in diem addictione. XIV. *II. Lex commissoria.* L. 18. ff. t. 3. de lege commissoria. XV. *III. pactum, ut liceat recedere a contractu.* XVI. *IV. pactum de retrovendendo.* XVII. *Hoc dupliciter initur.* XVIII. *Ad quid redempturus & prior emtor teneatur.* XIX. *Aliquando emtor rem reluendam offerre potest.* XX. *V. Pactum de retrahendo.* XXI. *Vis & effectus pacti de retrahendo.* XXII *Quibus casibus obtineat.* XXIII *Potest cedi.* XXIV. *Jus retractus legale.* XXV. *Competit I. ratione dominii directi.* XXVI. *II. Ratione crediti.* XXVII. *III. Ratione vicinitatis, quo pertinet jus congrui;* XXVIII. *IV. Ratione communionis.* XXIX. *V. Ratione incolatus.* XXX. *VI. Ratione consanguinitatis. Hoc competit 1. liberis venditoris.* XXXI. *2. Collateralibus.* XXXII. *Non potest hoc jus extraneo cedi.* XXXIII. *Contra quem competat.* XXXIV. *Bona, retractui huic obnoxia.* XXXV. *Locum habet in emtione.* XXXVI. *Non in donatione, nec in permutatione regulariter.* XXXVII. *Retrahens debet idem pretium solvere, ac impensas restituere:* XXXVIII. *Et quidem intra annum & diem.* XXXIX. *Quid observandum emtori, ut tutus sit ab hoc retractu.* XL. *Rescinditur emtio venditio 1. mutuo dissensu.* L. 18. ff. t. 5. de rescind. vend. & quando lic. ab emt. recedere. *2. ob pacta adjecta, 3. ob dolum, 4. ob læsionem ultra dimidium.* XLI. *Casus, quibus non habet locum remedium ex l. 2. C. de resc. vend.*

I. CONSENSU fiunt obligationes in emtionibus venditionibus; locationibus

p) QUANDO obligatio ipsa dividua est. Ex correis delinquendi enim quilibet regulariter in solidum tenetur, si delictum ipsum & damnum datum divisionem non recipiat. Quod autem in correali obligatione ex contractu pluribus promissoribus beneficium divisionis concessum sit, id non simpliciter cessare facit obligationem correalem, sed circumspectus sit ille, cui promittitur, ut isti beneficio renunciari curet.

conductionibus; contractu emphyteutico; societatis, & mandatis. *pr. I de obl. ex conf.*

II. EMTIO Venditio est contractus initus consensu [q] de certa re, pro certo pretio tradenda. *pr. I. de emt. vend. l. 1. ff. de contrah. emt. l. 11. §. 2. ff. de action. emt.*

III. PERSONAE itaque contrahentes sunt emtor & venditor. Inire vero hunc contractum possunt, qui juxta generales regulas consentire, & bona sua administrare & alienare queunt [r].

IV. FORMA hujus contractus consistit in consensu, quo inter venditorem & emtorem liquido convenit de re certa, pro certo pretio tradenda. *pr. I. de emt. vendit.* Cum vero consensui nihil magis contrarium sit [s], quam error [t], ideo, seu in corpore, seu in materia erretur, veluti si æs pro auro venierit, emtio nulla erit. *l. 9. pr. & §. 2. l. 14. ff. de contrah. emtion.* Si vero error versetur circa qualitatem rei externæ, rata nihilominus manet emtio. *l. 10. l. 14. ff. de contrah. emt. l. 21. §. 2. ff. de action. emt.* teneturque tantum venditor in id, quod emtoris interest. *d. l. 21. §. 2. ff. de action. emt.*

V. CONSISTIT emtio venditio in re, seu merce tradenda, quæ debet esse [u]

q) NEQUE igitur scriptura neque arrha ad essentiam contractus emtionis venditionis pertinet, sed, ceu infra videbimus, illa probationis solum gratia accedit, hæc vero Jure Romano, ut ex *pr. J. de emtion. L. XVII. C. Eod.* plerumque interveniebat eo fine, ut licentia esset, arrha commissa, a contractu iterum recedendi. Hodie aliquando confirmationis causa additur, & signum est, contractum jam esse perfectum, nec licere amplius partibus a contractu discedere vid. THOMASII *Diss. de arrhis emtionum.*

r) VERUM & adde, quod in ementibus vendentibus sigillatim emendi vendendique adesse debeat habilitas. Nam non lege solum, & testamento, sed & pacto, ut generatim alienandi facultas, ita & emendi vendendique licentia restringi potest. Prohibet nominatim *L. XXXIV. §. fin. C. XLVI. D. de contrab. emtion.* ne tutores vel curatores pupillorum aut minorum res emant, ne sibi potius prospiciant. Arcentur ab emendo, qui aliquam potestatem habent *L. XLVII. D. Eod. L. XLVI. §. II. de jur. fisci.* Idem juris esse dicunt, si medicus ob ægroto vult emere, ob *L. III. D de extraordin. cognition.* Sed ex inspectione legis unicuique patefit, casum ibi solum specialem de medico proponi, qui contra bonam fidem ægrotum, sub periculo amittendorum oculorum, ad vendendas possessiones compulerat. Quapropter lex ad medicos, qui bona fide emunt, neutiquam pertinet. Id tamen constat, clericis emtionem negotiatoriam sive mercaturam interdictam esse *c. XVI. X*[o]. *de vit. & honest. Cleric.* Ex antiqua etiam consuetudine Nobiles in Germania, quia olim ingenuum decebat, ut militatum abiret, indignum statu ingenuitatis esse existimant, mercaturæ operam dare HERTIUS *de feud. Nobil. Sect II.* At enimvero hæ prohibitiones ipsis facultatem, res in prædiis suis natas vendendi, non adimunt ZIEGLER. *de jur. majest. L. I. cap. XLI. § XIII. sqq.* Denique subditis non licet, ut hostibus talia vendant, quæ ad instruendam militiam spectant *L. IV. & ult. C. de commerc.* STRYCK. *Us. Modern. tit. de contrab. emt §. VII. sqq.*

s) CONSENSUI etiam contraria sunt vis & metus. Et sic regulariter nemo cogi potest, ut emat vel vendat. *L. XIV. C. de contrab. emt. L. IX. C. de jud. L. XVI. C. de jur. deliber.* Nil tamen obstat, ne Princeps, salute Reipublicæ id exigente, necessitatem emendi vendendique civibus imponat, vid. THOMASII *Diss. de pretio affect. in res fungibil. non cad. cap. II. §. V.*

t) PAUCIS nota: Error in substantialibus, sive circa ipsum contractum versetur, sive circa objectum, sive circa pretium, sive circa materiam, contractum vitiat *L. IX. pr. & § II. de contrab. emtion.* Si in accidentalibus occurrat, id est, in illis, quæ emtor principaliter ante oculos non habuit, & sine quo nihilosecius contracturus fuisset, emtio subsistit, ita tamen, ut pretium ad æquitatem redigatur, & actio ad id, quod interest, locum habeat MENCKE *Tract. Synopt. Pand. tit. de emt. vendit.* WERNHER. *P. IV. Obs. CC.*

u) DEBET etiam ita esse comparata, ut contractus emtionis venditionis in eam cadat. Sic

certa & determinata. Specialiter autem circa res, quæ mensurari, numerari aut ponderari queunt, sciendum est, quod ejusmodi res vendantur vel ad corpus [x], uti Leges Romanæ loquuntur, seu per aversionem (*überhaupt*) vel ad mensuram & quantitatem certam. Priori casu, licet forte quid deficiat in quantitate, obiter vel tantum demonstrationis, non taxationis causa adjecta, non potest amplius quid peti: posteriori vero casu si quid deficiat in quantitate seu mensura, a venditore expressa, id supplendum erit, vel tantum de pretio detrahetur, quantum respondet ei, quod deficit. *l. 40. §. 2. ff. de contrah. emt.* vid. CARPZOV. 5. *Resp.* 25. Præterea monendum, quod etiam intelligatur venditum, licet non in specie expressum, quicquid tempore contractus firmiter cohæserit rei venditæ [y]. *l. 69. ff. de contrah. emt.* v. c. quæ ædibus sunt adfixa: *Was Erd- Nied- und Nagelfeste ist.* add. CARPZ. *p. 2. C. 33. d. 2.*

verbi gratia hinc inde prohibetur, ne pertinentias a fundo principali alienando separemus, cum Reipublicæ ratione onerum maximopere intersit, ne prædiorum partes distrahantur. Quod fundamentum est juris reuniendi pertinentias, de quo BODINUS egit *peculiari Differt.* & plura notatu digna exhibet LEYSER. *Spec. C per tot.* Sic libros improbos, magicos, atheos, hæreticos, blasphemos, commercio eximit *L. IV. §. I. Famil. ercisc. L. VI. §. I. L. VIII. §. V. C. de haeret.* res litigiosas *L. II. de litigios.* venena *L. XXXV. §. II. de contrah. emtion.* Atque has res quarum venditionem leges interdicunt, ipse etiam venditor revocare potest. Sed, si prohibitio emtionis forsan ex pacto sit, neque venditor, neque, qui alienationem prohibuit, rem a tertio possessore revocare potest, nisi clausula commissoria pacto fuerit addita, ut ipso jure contractus debeat esse nullus, si res contra pactum distrahatur *L. XIII. in fin. de pignor. action. junct. L. XX. §. ult D. quib. mod. pign. solvat.* add. *L. V. C. si mancip. ita fuer. alien. L. fin. C. de reb. alien. non alienand.* STRYCK. *de Cautel. Contract. Sect I. cap. III. §. XXXIII.* vel nisi tertius ille possessor sciens rem comparaverit CARPZOV. *P. II. Const. XXXII. def. XII.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXV.*

*x*) MULTUM interest, quomodo res venditur, cum ratione quantitatis, tum respectu periculi & præstationum. Nempe, quando de quantitate vendita sermo est, primario ad id respiciendum, utrum illa restrictive, an modificative, an denique demonstrative adjecta sit. Istud fit, quando pretium in singulas mensuras statuitur. Illud fit, quando integrum quidem corpus emo, addito tamen modo, ut certa quantitas præstetur. Hoc fit, quando simpliciter ad corpus vel per aversionem emo, pretio in singulas mensuras non constituto. In primo casu emtio venditio ante traditionem est imperfecta, & periculum ad venditorem adhuc spectat *L. II. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitas quoque præcise præstanda est. In secundo casu emtio statim est perfecta, & periculum emtoris. Quantitas vero iterum a venditore præcise est præstanda; alias pretium minuitur. Major vero quantitas, si reperiatur, pretium non augetur, quia modum in sui favorem adjecit emtor *L. XIII. §. XIV. L. XXXVIII. D. de action. emti.* In tertio casu, ratione periculi idem juris est, quod in casu antecedente. Etsi vero quantitas, de qua cogitavi, non adsit, pretium tamen non minuitur, nec augetur, quia spem emi & totum *L. XXXV. §. V. de contrab. emtion.* add. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII. §. XXX. sqq.*

*y*) GENERALIS itaque regula est; Fundo vendito, ea omnia, quæ fundi sunt, id est, vel pars ejus sunt, vel ad fundum pertinent, vendita censentur *L XIII §. XXXI. D de action. emti.* Pertinent huc I) fructus *L. XIII. §. X. Eod.* quia pars fundi sunt. *L. XLIV. de Rei Vind.* II) Quæ perpetui usus causa in fundo sunt *L. XVII. §. VIII. Eod.* quamvis hoc fallat in instrumentis *bey denen Inventarien-Stücken* LEYSER. *Spec. CCX med. X.* III) Pertinentiæ, quales iterum dicuntur, quæ actualiter ad rem venditam destinatæ sunt, ut perpetuo ei cohæreant, Non itaque sola compossessio sufficit ad hanc qualitatem partibus prædiorum conciliandam, sed incorporatio requiritur *L III. & V. C. de bon. vacantib.* Eaque vel expresse fit, quando pertinentiæ in libris censualibus, tanquam partes rei principali cohærentes, commemorantur, & sigillatim onera imposita non habent, vel tacite, quando, accedente longo usu, possessor partem ad rem principalem ita destinavit, ut appareat, eum

VI. Pretium pro merce est solvendum, quod consistere debet in pecunia numerata [e]. §. 2 *I. de emt. vend. l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de contr. emt.* Hoc pretium debet esse verum, non simulatum. *l.* 54. *ff. de O.* & *A.* certum *l.* 7. §. 1. *ff. de contrah. emt.* justum: ita tamen, ut propter difficultatem æstimationum rerum [a] læsio usque ad dimidium toleretur, modo dolus absit. *l.* 2. *C. de rescind. vend.* qua de re inferius.

VII. Aliquando placet contrahentibus, ut emtio venditio non aliter sit perfecta, quam si scriptura [b], seu instrumentum super emtione venditione sit confectum; & tunc antequam illud confectum fuerit, pœnitere licet. vid. *pr. I. de emt. vend. l.* 17. *C. de fid. instrum.*

VIII. Oritur ex hoc contractu obligatio mutua emtoris & venditoris, utrinque principalis & directa. Et quidem emtoris obligatio consistit in eo, ut pretium solvat [c]. *l.* 13. §. 8. *ff. de action. emt.* & tenetur emtor ad usuras pretii ob moram in solvendo commissam [d]. *l.* 13. §. 20. *ff. de act. emt. l.* 32. §. 2. *ff. de usur.*

hanc partem separatam habere nolle. add. Leyser. *Spec. CI.* Quæ cum ita sint, nec res vel jura, quæ per se extra commercium sunt, fundo principali, cui cohærent, vendito, excipiuntur, sed per consequentiam eum sequuntur v. c. templum, coemiterium, jus patronatus. vid. *L. XXIV. de contrah. emtion.* Venditor igitur, qui ex fundi accessionibus sibi quædam retinere cupit, id agere debet, ut eas a contractu expresse eximat *arg. L. XCIX. de Verb. Oblig.* add. *L. XXXIX. de pact.*

z) Nil tamen obstat, ne & res pro re detur. Qua de re olim gravis inter JCtos intercessit dissensio, cujus meminit *L. I. D. de contrah. emt.* postea a Justiniano decisa *in* §. *II. J de emt. vendit.* Res eo redit. In dubio, si partim res, partim pretium intervenial, emtio magis, quam permutatio præsumitur. Huber. *Prælect. ad Dig. tit. de emtion.* § *VI.* Schilter. *Ex. XXX.* §. *XX.* Alias a potiori fit denominatio. Imo & potest emtio esse, etiamsi res pro re absque interventione pretii detur, si partes res prius æstimaverint. Quare nec vilipendenda intentio partium, in quæstione dijudicanda, utrum emtionem an permutationem celebraverint. Nam certe in effectu multum interest, quem contractum existimes adesse vid. Böhmer. *Jur. Digest. tit. de contrah. emtion.* §. *XXI.*

a) Inde satis constat, in rebus, quæ certam jam habent æstimationem, sive a lege, sive a magistratu, quod pretium legitimum dicitur, adeo exactam observandam esse justitiam, ut & de læsione minima querela permittatur, quia his in casibus determinatio pretii non est res privati arbitrii. Sic vides, publica auctoritate limites poni cauponibus, lanionibus, pistoribus, aliisque opificibus, quos in æstimatione esculentorum & potulentorum egredi nefas est.

b) Quod actum esse colligimus, quando formula utuntur, *dass ein schrifftlicher Contract geschlossen worden.* Multum itaque interest, ut dispiciamus, quid partes egerint. Scriptura enim, quamvis accesserit, id tamen probationis solum causa factum censetur, siquidem jam majoribus nostris solenne fuit, ut de rebus immobilibus scriptura interveniente paciscerentur, nec tamen ea essentiam negotii ingrederetur. Quare, si dissentiant post scripturam in iis, quæ scripta sunt, res tamen ex eo decidenda est, de quo consensum interposuerunt. Nec obligationi quicquam decedit, etiamsi scriptura vitiosa sit. Quodsi vero de eo convenerunt, ut non, nisi scriptura interveniente, obligarentur, contractus ipse perfectus non est, nec obligationem producit, ante, quam scriptura absoluta, in mundum redacta, prælecta, & subscripta sit *L. XVII. C de fid. instrum.* Ordin Maximil. I. *von Notarien de anno* 1512. § *XVI. sq.* Stryck. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII.* §. *II. sqq.*

c) Idque præcise, sive publica sive privata sit emtio *L. XV.* §. *VII. de re judic. L. V.* §. *I de jur. fisc.* ita, ut nec cautionem, etsi maxime idoneam, venditori obtrudere, sed venditor potius, rem, quousque pretium non solutum, vel fides de eo habita est, sibi servare possit *L. XIII.* § *VIII. de action. emt.* Imo ne hoc quidem emtori permittitur, ut sub prætextu evictionis pretium retinere, vel cautionem a venditore urgere possit, nisi vel consuetudo loci id exigat, vel ita conventum sit *L. VI. L. XXVII. pr. L.*

IX. OBLIGATIO venditoris consistit in eo, ut rem venditam tradat, una cum fructibus post venditionem perceptis, & omnibus accessionibus [e]: & quidem precise tenetur tradere. Præterea requiritur, ut talis tradatur, qualis vendita, nimirum 1.) non debet esse vitiosa, vid. *tot. tit. ff. de Ædil. Edict.* 2.) libera tum a servitutibus, tum ab aliis oneribus. Porro debet venditor dolum & culpam circa rem venditam præstare, h. e. omne damnum, quod ejus dolo seu malitia vel negligentia contigit, resarcire. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. de R. I.* periculum vero seu casum fortuitum non tenetur præstare, quia hunc venditor avertere nequit: ac res perit ei, cui debetur, *l. 5. §. fin. ff. de rescind. vend.* adeoque etiam pretium tenetur nihilominus solvere emtor, re licet casu peremta ante traditionem. *§. 3. I. de emt. vend. & tot. tit. D. de peric. & commod. rei vend.*

X. CAETERUM notandum est, quod licet ex causa venditionis sit tradita res, non tamen transferatur dominium [f]; nisi pretium sit solutum, vel expresse fides de pretio sit habita *§. 41. I. de rer. divis.* præterea de jure Saxonico præsertim in bonis em-

*LVII. pr. de evict.* Quodsi vero jam tempore contractus evictio immineat, emtor a venditore recte urget satisdationem, & ad hujus præstationem, si paratus sit venditor, emtor pretium nihilasecius solvere debet *L. XXIV. C. de evict. L. XVIII. §. I. de peric. & comm. rei vend.* CARPZOV. *P. II. Const. XXXIV. def XXXI.*

*d*) MORAM vero lex statim inducit, si res emtori tradita, isque hujus possessionem nactus est. Nisi enim venditor fidem de pretio habuerit, *dass das Kaufgeld Terminweise bezahlet werden soll*, & usuras sibi stipulatus non sit, emtor, qui rem habet, statim sine omni mora ad usuras obligatur, ne duplex lucrum ex re emta & pecunia sua, eodem tempore sentiat *L. XIII. §. XX. D. L. V. C de action. emt.* Imo, cum omnis ratio impositæ usuras exsolvendi obligationis in fructuum perceptione ponatur, ne opus quidem est, ut emtor possessionem rei acquisiverit, sed hoc sufficit, quod fructus perceperit. Quare etiam, licet vel maxime pretium ex justa causa, forsan ob evictionem, retineat emtor, solvit tamen usuras, si fructus ex re emta jam percipit BERGER. *P. I. Resp. CCXI.* nisi se per depositionem judicialem pretii ab hoc onere liberet.

*e*) VENDITORIS obligatio eo redit, ut I) rem tradat præcise. Nam per præstationem interesse non liberatur, quousque res ipsa adhuc extat *§. II. J. de donat. L. VI. C. de rescind. vendit.* HILLIGER. *ad Donell. Lib. XIII. cap. II. lit. a.* II) Ut tradat possessionem vacuam. Quare, si alius forsan rei insistit titulo dominii, pignoris, vel alio, emtor de dolo recte agit, & conventus de solvendo pretio de dolo excipit, & venditor de omni interesse tenetur *L. VI. §. ult. D. L. XXX. §. ult. D. de action. emt.* WERNHER. *P. VIII. Obs. CCCCXLIII.* III) ut generatim omnes rei venditæ qualitates, quas emtorem scire interest, huic indicet *L. I. §. I. action. emt.* Nam, emtio venditio, ut dicunt, lucem amat, & venditor, qui quicquam illorum reticet, insidiose dissimulare dicitur *L. XLIII. §. II. de contrah. emtion.* etiamsi ad corpus vendiderit. *L. XXXIX. de action. emt.* Quare & onera privata & extraordinaria reticere nequit, nisi velit respondere de eo, quod interest. Onera tamen publica, & solita, quæ rei inhærent, indicare non tenetur, quamvis æque de dolo teneatur, quando interrogatus de his oneribus fundum optimum maximum dixerit. IV) Ut rem tradat ad usum habilem & in debita qualitate *L. XI. §. V. D. de action. emt. L. XLV. D. de contrab. emtion.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXVII.*

*f*) REGULA generalis est: Perfecta emtione venditione commodum & periculum rei venditæ esse emtoris. Quamvis enim res tradita nondum sit nec ideo rei vindicatione uti possit emtor, fit tamen eo effectu dominus naturalis, ut & fructus suos faciat, & casum sentiat, HUBER. *Præl. ad J. tit. de emt. vend. §. X. & Digress. Lib IV. cap. VIII.* quatenus mora venditoris in tradendo non concurrit. Ut tamen hunc effectum habeat emtio venditio, omnino perfecta esse debet. Et quidem ita perfecta, ut inter partes & de pretio, & de re, jam convenerit, & consensus rite atque pure declaratus sit. Sed imperfecta licet emtione venditione, tum tamen periculum emtoris esse incipit, quando præfixo ad

phyteu-

phyteuticis & censiticis, requiritur judicialis resignatio [g]. vid. Franz. 2. *resol.* 12. *n.* 8. *seqq.* Richter. *de concurs. credit. c.* 2. *m.* 19. *n.* 17 *seqq.*

XI. Denique addendum, quod, si forte circa proprietatem rei venditæ lis moveatur ab alio, venditorem obligatum esse emtori ad evictionem præstandam, licet expresse hoc promissum non sit. *l.* 11. *§.* 2. *ff. de act. emt.* vid. *tot. tit. D. de evict.*

XII. Ad persequendum, quod ex hac mutua obligatione emtori venditor debet, & vicissim venditori emtor, datur quoque actio mutua emti venditi [h], seu ex emto vendito *§.* 17. *Inst. de action. l.* 11. *pr. l.* 33. *l.* 13. *§.* 19. *& tot. tit. D. de action. emt. & vend.*

XIII. Exposita natura emtionis venditionis, nunc quædam addenda sunt de pactis, quæ emtioni venditioni adjici solent, quorum primum est addictio in diem [i];

traditionem & consummationem dic non venit, suaque culpa & mora in accipiendo efficit, ut perfici nequeat emtio venditio. Nam cum venditor de dolo solum & lata culpa tenetur *L. V. D. de peric. & commod. rei vend.* Imo venditor hoc in casu recte utitur remedio *L. I §. III. D. de peric. & commod. rei vendit.* &, prævia denunciatione emtori facta, rem, maxime ad gustum & ad mensurationem venditam, derelinquit, seque ab ejus custodia liberat per effusionem, & abjectionem. Non tamen emtio venditio ob moram emtoris in accipiendo irrita fit, sed adhuc ad implementum agendum est. *L. XIV. C. de rescind. vendit.*

g) Requiritur hæc resignatio generatim, si prædia immobilia veneant, eaque ipsa ab antiquo ritu derivanda videtur, quo civibus tempore Henrici Aucupis, præstito prius pro defendenda civitate juramento fidelitatis, prædia feudi instar concedebantur a magistratu civitatis. Tria autem complectitur resignatio I) ut alienans jus suum judicialiter resignet Jus Prov. Saxon. *L. II. art. XXX.* II) ut rem immobilem judicialiter tradat. Jus Weichbild. *art. LX. in fin.* III) ut sequatur investitura judicialis *die Anweisung und Belehnung d.* Jus Weichbild. *art.* XX. Alibi, ut jure Lubecensi, actus peragitur per inscriptionem in librum civitatis publicum. Cæterum in Saxonia resignationem accedere debere semper, quando immobilia venduntur, lex publica in Decis. Elect. LXI. jubet. Quicquid vero hujus rei sit, non tamen ad eum effectum resignatio judicialis accedere debet, ut periculum & commodum fiat emtoris, sed hic nihilosecius, perfecta ex consensu emtione venditione, utrumque suum facit, eoque nomine cum venditore agit; Sed id solummodo proprium est huic negotio, ut, quamdiu nondum accessit, emtoris jus solum personale sit, nec reale esse incipiat, traditione extrajudiciali peracta, atque facultatem, rem vindicandi, vel actione Publiciana contra tertium possessorem experiundi, vel hypothecam constituendi, producat. Quod Jure Romano secus est, cum, emtione venditione per simplicem traditionem consummata, emtor efficax omnino dominium acquirat, & venditoris dominium plane cesset, adeoque & ille, ut verus & civilis dominus, contra tertium agere possit. add. Wernher. *P. III. Obs.* XXV. *P. II. Obs.* CCCLXX. *P. IX. Obs.* LXXIX.

h) Quia vero contractus ipse bilateralis est, & obligationes utrinque directas producit, neque emtor neque venditor actione cum effectu utitur, nisi ex sua parte contractum adimpleverit, idque, quod in obligatione erat, prius præstiterit. Alias enim ipsi obstat exceptio non adimpleti contractus *L.* XI. *§ II. L.* XIII. *§. VIII. de action. emt. vendit.* quæ, cum ex natura negotii fluat, onus probandi in ipsum actorem devolvit, & in omnibus contractibus bilateralibus locum sibi vindicat. Cave tamen, quod incauti facere solent, cum hac exceptione confundas exceptionem præstandæ evictionis. Evictionis enim præstatio non, per modum exceptionis urgeri potest, sed ea de re emtor cum venditore, interveniente actione ordinaria, agere debet, ut suo loco videbimus.

i) Quod pactum, quamvis alias in specie sit adjiciendum, in venditionibus tamen fiscalibus subintelligitur, iisque tacite inest *L. IV. C. de fide & jur. hast. publ. L. I. C. de vend. rer. civit.* Unde merito vapulat Praxis, quæ, meliori conditione oblata, emtorem priorem statim liberat. Nam pactum hoc venditoris arbitrio id ipsum relinquit, an velit meliorem conditionem obla-

si nimirum ita res vendatur certo pretio, ut liceat venditori intra definitum tempus majus pretium, seu meliorem conditionem [k], ab alio oblatam, acceptare [l]. vid. *tot tit. D. de in diem addict.* In arbitrio tamen emtoris prioris est, an velit idem pretium, quod alius intra istud tempus adjicit, ipse supplere, & tunc præfertur. vid. *l. 6. §. fin. l. 8. ff. d. t.*

XIV. PORRO 2.) est lex commissoria, seu pactum commissorium, quo convenitur, ut, si ad certum diem non solvatur pretium, res sit inemta [m]. vid. *tot. tit. D. de l. commiss.* vid. THOM. MAUL. *de emt. vendit. tit. 7. n. 4. & n. 13.*

XV. ALIQUANDO etiam 3.) adjicitur pactum, ut liceat intra certum tempus recedere a contractu emtionis *l. 3. D. de contrah. emt. l. 31. §. 22. ff. de Aedil. Edict.* vel etiam ita, ut præstita pœna pœnitere liceat: quod dici solet *ein Reukauff.* vid. BIRL. *dec. 43. seqq.*

XVI. PRAETEREA 4.) notabile etiam est pactum de retrovendendo, German. *ein Wiederkauff*, quod in eo consistit, ut venditori concessa sit potestas, rem, in emtorem translatam, pretio restituto redimendi [n]. *l. 2. C. de pact. inter. emt. & vend.*

tam acceptare. Ut sic prior emtor tamdiu maneat obligatus, quamdiu venditor cum secundo emtore contractum nondum perfecit add. *L. IX. D. de addict. in diem.*

*k*) NON itaque melior conditio æstimanda unice ex quantitate pretii, sed ex quovis emolumento, quod majorem conditione, a priori emtore oblata, utilitatem complectitur *L. IV. §. fin. L. V. L. XV. de addict. in diem.* Adest itaque melior conditio, si secundus emtor faciliorem, maturiorem, magis opportunam offert solutionem, si emit levioribus conditionibus.

*l*) MULTUM vero interest, utrum sub conditione resolutiva, an sub conditione suspensiva pactum sit initum. Id fit, quando convenit, ut meliore conditione ab emtione discedatur: Hoc, si pacti sunt, ut, nisi melior conditio offeratur, emtio perficiatur. Ibi dominium rei in emtorem statim transit. Hic, cum justus titulus desit, nec emtor rem cum animo sibi habendi possideat, ne usucapio quidem procedit. Ibi, conditione meliori oblata, & a venditore acceptata, fingitur, emtionem nunquam fuisse celebratam, & sic emtor, qui interim possedit, fructus etiam perceptos restituit. Hic, quia re ipsa emtio perficitur, jure dominii fructus perceptos irrevocabiliter suos facit. Ibi venditor, quia dominium non amisit, rem a primo venditore vindicat. Hic, quia dominium in emtorem transtulit, ad reddendum ex contractu actione personali utitur.

*m*) HOC pactum igitur simpliciter venditoris arbitrio relinquit, ratam an irritam emtionem velit, & sic etiam, non obstante lege commissoria, ad implendum tamen agere potest *L. III. sqq. D. de Lege Commiss.* In addictione vero in diem tum demum irrita fiebat emtio, si prior emtor novam conditionem, a tertio oblatam, præstare nollet. Deinde lex commissoria regulariter conditionem resolutivam continet, cum addictio in diem etiam sub suspensiva conditione ineatur. Cæterum moram emtoris in solvendo præsupponit lex commissoria, quæ certe adest, etiamsi vel maxime pars pretii interim soluta sit *L. IV. §. I. L. V. de Lege Commiss.* Et simulac mora adest, ipso jure res est inemta, nec ideo emtor invito venditore moram purgare potest: Cessante vero mora in solvendo, cessat lex commissoria. Quare & emtor omnino audiendus *L. fin. Eod.*

*n*) QUAMVIS igitur huic pacto conditio resolutiva insit, & emtor interim vere dominus rei emtæ fiat, consultum tamen est, ut verba directa & resolutiva adhibeantur, ita concepta, ut appareat, voluisse venditorem, ut res inemta sit, & retrovenditio cessret, simulac eam redimet, Nam id efficit, ut dominium rei venditæ ipso jure iterum consequatur, atque ideo rem venditam & redimendam a tertio quovis possessore redimere possit, cum alias actione solum personali ex pacto contra emtorem experiri debeat STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII. n 55.* WERNHER. *P. IV. Obs. CXXX. & P. IX. Obs. XXV.* Imo & effectum suum habebit clausula de re interim non alienanda vel oppignoranda, de qua jam alibi diximus.

XVII. Initur autem vel ita, ut quandocunque liceat redimere, & juri redimendi præsertim juxta jus canonicum, nullo præscribitur tempore. Virg. Pingizer. *Quæst. Sax.* 41. vel certo tempore; & quidem adjicitur tempus vel ut terminus a quo, seu post cujus lapsum demum venditor possit, pretio oblato, restitutionem rei venditæ petere, quod exprimi volunt per verba: *auf zehen Jahr lang wiederkauflichen*, quo elapso facultas redimendi demum competere incipit *o*: vel ut terminus, ad quem est restricta potestas redimendi, seu usque ad quem, & intra quem (v. gr. *binnen zehen Jahr*) exerceri queat jus retrovenditionis, quo elapso non amplius integrum est redimere. Maul. *d. tract. tit.* 7. *num.* 22. *& mult. seqq.* Carpz. 2. *c.* 1. *d.* 8. *&* 9. *respons. El.* 27.

XVIII. Tenetur vero redemturus 1.) pretium regulariter idem, quod accepit, Coler. *consf.* 28: *num.* 43. vel, si ita convenerit *p*, quo res tempore retrovenditionis juste venire potest (*it. laudemium, quod emtor solvit.* Carpz. *d. l. def.* 24. *Dissentit* Maul. *d. l. num.* 38.) restituere Tiraquell. *d. tract.* §. 1. *gloss.* 3. *num.* 2. Covarruv. 3. *r.* 9. Molin. *de I & I. D.* 376. Bonacin. *Theol. mor. de contr. D.* 3. *qu.* 1. *p.* 3. *num.* 1415. Zoes. *ad ff. h. t. num.* 18. præterea 2.) impensas, quæ ad perpetuam rei venditæ utilitatem *q* factæ, refundere. Tiraquell. *d. tr.* §. 7. *gloss.* 1. *num.* 4. Carpz. *d. l. d.* 27. Oblatis pretio (*v. l.* 2. *Ut & prior emtor &* 7. *C. d. t.*) & impensis, emtor rem ipsam præcise restituere est obligatus. Carpz. *d. l. d.* 15. & fructus tempore retrovenditionis pendentes, pro rata temporis inter emtorem & venditorem dividendos esse volunt. Covarruv. 1. *v. r.* 15. *n.* 5. Anton. Thesaur. *dec.* 16. Hartm. Pistor. *l.* 1. *q.* 24. *n.* 22. Carpz. *d. l. d.* 20. at pretio nondum oblato perceptos emtor, quippe dominus rei, suos facit, nec eos restituere tenetur. Gomez. *ad leg. var. resol. tom.* 2. *c.* 2. *n.* 27. Donell. *ad l. si quis ita n.* 17. *C. de pact. int. emt.*

XIX. Caeterum aliquando & emtori licet rem certo tempore, aut quandocunque libuerit, offerre, ac venditor tenetur pretium restituere. *l. si convenit.* 6. *ff.*

*o*) Eo effectu, ut venditor jus reluendi per triginta annos exercere possit. Cæterum terminus a quo elapsus denuo currere non incipit, nec, si statim non experiatur venditor, tacite renovatus intelligi potest *L. XLIV.* §. *I. de oblig. & act.* Leyser. *Spec. CXCI. med. VIII.*

*p*) Imo potius, tum demum pretium determinatum ab initio erit solvendum, si ita convenerit. Si de pretio partes nil dixerint, tantum reluens solvere debet, quanti res in præsens venire potest. Nam dum retrovenditio fit, novus omnino contractus, novaque emtio venditio celebratur, vid. *L. LVIII. D. de pact.* Berlich. *L. II. Concl. II. n.* 39. Plura argumenta in subsidium vocat Leyser. *d. Spec.* CXCI. *med.* IX. Multum vero interest, utrum res retrovendenda veneat pretio, quo olim vendebatur, an æstimatio præsentis temporis spectetur. Hoc enim in casu de sumtibus & impensis non respondet reluens, quia re ipsa denuo emit. Ibi vero, quia reluit magis, emtori priori ratione sumtuum & impensarum indemnitatem præstat, quamvis in utroque casu res præcise restituenda sit cum fructibus pendentibus *L. II. C. de pact. inter emtor. & vend. t.*

*q*) Ergo utiles quidem, non vero necessarias, quæ ad rei conservationem spectant, refundet. Has enim, quod attinet, naturale est, ut, qui commodum rei habet, incommodum etiam sentiat. Certe emtor tamdiu, quamdiu res non redimitur, dominus est, & fructus percipit, si vero procul dubio suis sumtibus rem sartam tectamque conservare debet, cum & simplex usufructuarius id ipsum facere debeat, utut dominium non habeat *L. VII. C. de usufr.* Quodsi vero emtor rem in meliori statu, quam in quo eam accepit, vel in quo eam restituere debebat, reddit venditori, hic, ut æquitatem agnoscat, atque lucrum, quod alias cum alterius damno caperet, compenset, omnino rationis est. Sed, ne

*de resc. vend. l.*31. §.22. *ff. de ædil. edict.* modo non subsit illicitum fœnus. RAUCHBAR. 1. *q.* 19. MAUL. *d. tract. tit.*7. *num.* 36. CARPZOV. *l.*5. *r.*26. RICHTER. *decis.* 83. *num.*79 & 80. ZOES. *ad ff. h. t. n.* 35. add. MOLIN. *tr.* 2. *D.* 374. 375. 376. BONACIN. *d. l. n.* 6.

XX. DENIQUE s.) est pactum, quo alicui jus protimiseos conceditur, ita nimirum, ut, si rem iterum venditurus sit emtor, eo pretio, quod alias solveret, alicui vendi debeat. *Germanice der Naherkauff. l.*75. *ff. de cont. emt.* Hoc vero jus retractus seu protimiseos non solum pacto promittitur, uti jam dictum, sed etiam lege & consuetudine r singulari certis personis tribuitur.

XXI. Ex illo conventionali jure retractus oritur solum obligatio, qua dominus rem venditurus tenetur denunciare isti, cui jus retractus competit, an ipse velit emere. *d. l.*75. Quodsi igitur, omissa denunciatione, alteri cuidam rem vendiderit, re quidem huic nondum tradita, contra venditorem ex vendito agere potest is, cui jus retractus competit, ut sibi res juxta pactum eodem tradatur pretio. *d. l*75. *ff. de contr. emt.* CARPZOV. *d. p.*2. *c.*32. *d.*10. at re emtori jam tradita, solum datur actio ad interesse contra eum, qui contra fidem, pacto datam, vendidit, non actio in rem contra possessorem, *arg. d. l.*75. nisi ratione illius juris protimiseos hypotheca sit legitime constituta. Vid. latius MAUL. *d. tit.* 7. *n.* 81. CARPZOV. *d. l. d.* 8. 9. & 11. (*qui etiam def.* 12. *ex DD. tradit, si emtor sciverit pactum* s, *bona ab ipso posse revocari.*) Similiter nec eum, cui jus protimiseos ex dispositione testatoris competit, bona alienata revocare, sed solummodo adversus heredem ad interesse agere posse, tradit CARPZ *d. p.* 2. *C.* 32. *d.* 9. Aliud statuit RENNEM. *Jurispr. Romano Germ. m.* 3. *D.* 33. *th.* 30.

XXII. LOCUM habet hoc jus retractus conventionale solum eo casu t, quo res extraneo venditur. *arg. d. l.*75. non igitur 1.) si quis liberis suis vendat, vel aliis

diximus, cessat restitutio impensarum, si veram rei æstimationem, quæ est tempore retrovenditionis, præstet venditor.

r) IMO etiam testamento. Differt vero quam maxime jus protimiseos testamento vel lege constitutum a jure protimiseos conventionali. Hoc enim jus personale solum tribuit, nec vindicari potest res contra pactum in tertium jam translata. *L. II. C. de pact. inter emtor. & vendit. L. ult. §. ult. de contrah. emtion.* Nam pactum per se alienationem & translationem dominii in tertium non impedit. *L. LXI. D. de pact.* Jus vero protimiseos legale & testamentarium facultatem tribuit, rem a tertio possessore retrahendi, & sic actionem realem parit. Quare etiam incongrue fatis jus protimiseos conventionale & jus retractus Doctoribus in promiscua significatione venit, cum proprie jus retractus in jure repetendi rem venditam a tertio etiam possessore consistat STRYCK. *de success. ab intest. Diss. VI. cap I. § III.* Deinde jus protimiseos conventionale cedi potest, non vero jus retractus, quippe quod regulariter certam personæ qualitatem præsupponit, & in jure singulari consistit. Denique, qui ob retractum actione reali utitur, eam intra annum instituere debet, quod iterum secus in actione personali, quæ perpetua est.

s) NEC absque ratione defenditur, hoc in casu, si tertius possessor pacti conscius fit, actionem contra eum dari. Nam non argumentum solum desumi potest ab actione Pauliana, quæ contra eum, qui dolose emit in alterius fraudem, locum habet; sed etiam juris est, ut re duobus vendita, prior posteriori ob solam hujus scientiam præferatur. Quidni igitur eodem modo judicium ferendum de eo, qui, non ignorans alteri jus Protimiseos competere, emit. vid. WERNHER. *P. II. obs. CCCXXV.* Sed, ne quid dissimulemus, consultum omnino est, ut, qui rescifcit, venditorem pacto contravenire velle, tempestive protestetur, & jus suum conservet.

t) UT quis jure Protimiseos, conventionali uti possit, duo requiruntur I) ut, quod Auctor monet, res vendatur extraneo. II) Ut,

ab intestato succefluris, Carpz. *d. l. def.* 19. Richter. *dec. f.* 76. *num.* 53. nec 2.) si ex permutatione, donatione, divisione hereditatis, aut succ ssione tam ex testamento quam ab intestato, res ad alium veniat. Carpz. *def.* 15. 16. 17. 18. & 22. Richter. *d. l. n.* 56.

XXIII. Caeterum cum ex pacto hoc retrahendi jus competat, ideo regulariter, *scilicet nisi ad personam paciscentis restrictum sit*, alteri cedi potest. Mod. Pistor. *part.* 3. *q.* 169. Maul. *d. t.* 7. *num.* 46. Leuwen. *cens. for. L.* 4. *cap.* 20 *n.* 4.

XXIV. Jus retractus seu προτιμήσεως (*Nahergeltung*, *Einstands-Gerechtigkeit*,) legale & consuetudinarium est [u], quod singulari jure certis personis tribuitur vel propter dominium directum, vel propter creditum, vel propter civitatem, vel propter communionem, vel propter jus municipum & incolarum, vel propter consanguinitatem.

XXV. Ratione dominii directi competit jus retractus domino emphiteuseos, in re emphyteutica *l. fin. vers. sed ne hac occasione D. de Jur. emphyt.* conf. *l.* 1. *in fin. C. de metallar. XI.* add. Const. Friderici *sancimus*, & *constit. quum omnibus lib.* 5. *feud. tit.* 13. 14 15. quod applicari etiam solet ad bona censitica: Richter. *decis.* 76. *num.* 60. & 61. non vero extendendum ad alia bona: sic rustici non tenentur v. gr. victualia, quæ venditurí sunt, primum Nobilibus offerre, nisi forte peculiari consuetudine aliud receptum [x]. vid. Socin. Sen. 2. *cons.* 272. Carpz. 2. *c.* 51. *d.* 10. Rauchb. *p.* 2. *q.* 22. Confer. Richter. *d. l. dec.* 76. *n.* 80. & *seqq.* Anton. Matthaeus *tract. de action. l.* 1. *c.* 10. *n* 43. & 45.

XXVI. Ratione crediti jure Justineaneo, si bona judiciali subhastatione veneant, & plures sint licitatores, præferuntur extraneis emtoribus creditores, ac inter hos is potior est, cui major pecunia debetur. *l. cum bona.* 16. *ff. de reb. aut. jud. possid.* Hodie præsertim in terris Saxonicis, primus licitator præfertur [y]. vid. Carpz. *p.* 1. *c.* 32. *d.* 42. & 52. & *process. tit.* 25. *art.* 4. *n.* 70. *seqq.* Anton. Matth. *d. tr. l.* 1. *c.* 16. *n.* 41.

qui ad jus Protimiseos provocet, easdem præstationes implere possit, quas venditor ab extraneo expectat. Sic translata re in heredem proximum jus ideo cessat, quia non heres solum una eum venditore persona esse censetur, sed præterea etiam hoc negotium non alienationem, sed anticipationem juris successionis complectitur. Cumque in donatione, permutatione & aliis negotiis præter emtionem venditionem peculiares plerumque interveniant præstationes, quæ ab omnibus impleri nequeunt, merito inefficax dixeris jus Protimiseos, quando res alio potius, quam emtionis venditionis contractu interveniente, in tertium transfertur.

u) Omnes species retractus legalis ab Auctore enumeratæ, si a jure protimiseos, quod domino directo in Emphyteusi vendenda competit, discesseris, in jure magis statutario & locali, quam in communi & certo, in Germania nituntur. Nam ne gentilitius quidem retractus, qui ex capite consanguinitatis exercetur, universalis est. Certe Constitutio Friderici *V. Feud. III.* quæ & hanc & alias retractus species ordinat, adeo dubiæ auctoritatis est, ut vel nesciamus, qua in provincia vel civitate & cui populo data sit. vid Horn. *Jurisprud. Feud cap. I. §. XXV.* Ut sie rem acu tangere videantur, qui retractus legalis hanc illamve speciem universaliter locum habere negant, eumque, qui retractum exercere cupit, si legis ipsius provincialis dispositio desit, oneri probandi subjiciunt, locum eundem habere.

x) Exemplum refert Wernher. *P I. Obs XXVII.* Sed & hoc loco recte monet, strictam hic semper, ceu alias fieri solet, ubi de consuetudine sermo est, tenendam esse interpretandi rationem. Indeque sufficere putat, oblationem verbalem esse factam, & sigillatim talem consuetudinem, quæ rusticos necessitate offerendi ea, quæ ad victum pertinent, onerat, ad alia, quæ usui potiuque non inserviunt, extendi posse negat *P. VII. Obs. CL.*

y) Sed jus hoc primæ licitationis, vi

XXVII. RATIONE vicinitatis juxta FRIDER. *constitutionem. 5. feud. tit.* 14. vicinus rem extraneo venditam [z] potest retrahere. conf. TIRAQUELL. *de retract. part.* 1. § 1. *gloss* 9. *n.* 26. *&* 69. add. SAND. *dec. Fris. l.* 3. *tit.* 5. *def.* 9. Non autem obtinet hoc jus retractus nisi ubi singulari consuetudine vel statuto introductum: & quibusdam locis sola vicinitas non tribuit illud jus, sed ei demum vicino hoc competit, cujus vel prædio censuali (*Zinßgut*) fuit junctum, ut sub illo tanquam toto, cui census inhæret, comprehensum; vel cujus agro quondam fuit unita illa pars, quæ extraneo est vendita, & dici solet jus congrui, Germ. *das Gespildte*, vid. WEIMAR. LANDES-ORDN. *de Anno* 1585. *tit.* 38. COTHM. *vol.* 4. *cons.* 42. *num.* 3. RICHTER. *d. decis.* 76. *n.* 59. 64. *& seqq. & in consil. post.* RENNEM. *d. m.* 3. *disp.* 33. *th.* 50. *&* 54.

XXVIII. SIMILITER ratione communionis socio in dicta constitutione Friderici conceditur, ut retrahere possit partem rei communis, extraneo venditam. *d. l.* 5. *feud. tit.* 13. 14. *&* 15. ZOES. *h. num.* 36. *in fin.* quod, præsertim in ædibus, non admittit CARPZ. 2. *c.* 31. *def. ult.*

XXIX. PORRO volunt, quod municipibus & incolis [a] *den Bürgern und Einwohnern*, liceat retrahere bona immobilia, in districtu urbis aut pagi sita, quæ extraneis (*den Ausländischen, Auswärtigen*) sunt vendita: vid. BOCER. *cl.* 33. *disp.* 22. *th.* 9. *& seqq.* RENNEM. *d. m.* 3. *D.* 33. *th.* 44. *& seqq.*

XXX. RESTAT denique retractus gentilitius seu consanguinitatis [b]: competit autem hoc jus protimiseos gentilitium consanguineis venditoris, quos Fridericum parentes appellare docet TIRAQUELL. *de retract. part.* 1. §. 1. *gloss.* 9. Imprimis autem indultum est liberis retrahere res avitas, a parentibus venditas. TIRAQUELL. *alleg. part.* 1. §. 1. *gloss.* 9. *n.* 47. REINKING. *q.* 2. *Const. Elect. part.* 2. RICHTER. *Decis.* 76. *n.* 13. *& seqq. num.* 20. etiamsi in potestate sint, modo propria bona habeant [c], & quamvis he-

cujus sufficiebat, ut qui hoc jure innitebatur, id idem pretium, quod posterior emtor obtulisset, se eo effectu offerret, ut alter licitans excluderetur, in Saxonia Electorali per ORDINAT. PROC. RECOGN. *Tit. XXXIX §. XVI.* omnino sublatum est, cum varia ratione eodem abuterentur licitantes, imo fraudibus efficere studerent, ut jus primæ licitationis consequerentur. In Saxonia vero communi adhuc viget. Ut tamen, qui effectum sibi ex primo licito promittere vult, tum demum licitet, quando ultimum proclama peractum est, nec durante proclamatione primum pretium offerat, rei naturæ convenire putarunt nuper JCti Jenenses.

z) VOCANT etiam hoc jus, *das gespielde Recht*, add. WOLFRAM *Diss. de jur. congrui*. Si vero quid video, constitutio Friderici soli vicinitati jus Protimiseos non tribuit, sed præterea communionem aliquam, seu, ut uterque fundus, & qui retrahitur, & cujus intuitu retractus exercetur, unius prædii partes vel sint, vel olim fuerint, requirit.

a) OCCURRIT hujus juris vestigium in *L. unic. C. non licere habitator. metrocom. loca sua ad extran. conf.* Hodie vero hunc retractum consuetudine inniti, res certissima, nec tamen dubium est, quin jus tale civibus concessum ille recte exerceat, qui jus civitatis rite obtinuit, etsi alibi domicilium habeat vid. LEYSER. *Spec. CXCVI. med. IV. sqq.*

b) QUOD jus, non dubito, quin ex antiquo Germanorum instituto derivandum sit, quo, bona hereditaria sine heredum consensu vendere, fas non erat JUS PROV. SAXON. *Lib. I. art. XXXIV. & LII.* casu necessitatis excepto, quamvis & hoc in casu jus retrahendi locum sibi vindicabat. vid. BÖHMER. *Diss. de fundament. duplic. retract.* Postea necessitas, hunc adhibendi consensum, cessavit, hoc tamen reliquum mansit, ut retrahere possent consanguinei, non rogati de consensu dando, ipsum prædium hereditarium venditum, maxime, cum Fridericus II. hoc jus retractus *V. Feud. XIII.* confirmaret.

c) QUOD tamen, existimarem, nostro

redes patris fuerint, cum nihilominus ratio juris retractus obtineat, & potior sit filius extraneo: & licet alias heres suam forte rem, quam pro propria defunctus venditit, vindicare nequeat: tamen ejusmodi exceptio, hic non obstat, cum res pro tali, quod nequeat retrahi, haud sit vendita, adeoque nec heres de eo sit obligatus. PINELL. *in l.* 1. *C. de bon. matern. num.* 95. STEPHAN. GRATIAN. *disc. for. tom.* 3. *c.* 333. *n.* 4. PEREZ. *l.* 4. *C. t.* 54. *num.* 24. Conf. ZOES. *ad ff. h. t. num.* 13. *& seqq.* BERLICH. 2. *concl.* 39. *num.* 16. *& seqq.*

XXXI. LIBERIS non existentibus, collateralibus cognatis, fœminis & masculis, modo ita generaliter receptum sit, jus retractus competit, (quod non obtinet in Electoratu Saxonico *d. c.* 13. ibique CARPZ. *def.* 11.) & quidem iis, qui venditori proximiores [d], licet forte quis exstet, qui stipiti, a quo res pervenit, sit proximior. ZOES. *all. l. num.* 84. RICHTER. *d. dec. num.* 30. Plures ejusdem gradus si concurrant, omnes admittuntur, aut, si res commode dividi nequeat, & communio non placeat, qui prius de retractu egit, præfertur, vel sorti res committitur *arg. §. optionis* 23. *in fin. I. de legat.* TIRAQUELL. *d. p.* 1. *§.* 12. *gloss.* 10. *num.* 4. REINKING. *d. q.* 2. *num.* 63. 84. *& seqq.* Conf. RICHTER. *d. l. num.* 18. 105. *& seqq. d.* CONST. FRIDER. *verb quos vocabimus per ordinem.* Sin vero ex pluribus unus vel alter retrahere nolit, tota res ab uno retrahi potest. CARPZ. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 10. RENNEMANN. *Jurispr. Rom. Germ. m* 3. *D.* 33. *th.* 14. Cæterum jus repræsentationis nec in descendentium, nec in collateralium ordine obtinere volunt, quia simpliciter gradus proximitas attenditur. TIRAQUELL §. 11. *gl.* 9. *num.* 1. *& seqq.* REINK. *quæst.* 2. *num.* 65. *&* 66. RICHTER. *d. l. num.* 28. Aliud placet JOHANN. HEROLD. *eleg. tractat. de jur. repræsent. & transpos cap* 5. *concl.* 12. §. 6. *& seqq.* Notandum denique, quod in jure retractus locus sit successorio edicto: adeoque si hic vel ille omittat, alter in solidum admittitur, aut si proximiores isto non utantur jure, proxime sequentes recte retrahunt. CARPZ 2 *c.* 31. *d.* 10. *c.* 32. *d.* 20. *& c.* 49. *d.* 7. ZOES. *h. n.* 49. RICHTER. *d l. n.* 18.

XXXII. PATET ex dictis 1.) quod hoc jus, quippe ratione consanguinitatis concessum, non possit extraneo cedi, TIRAQUELL. §. 26 *gl.* 1. *n.* 1. *&* 43. GAIL. 2. *O.* 19. *n.* 10. BOER. *decis.* 159. BERLICH. *d. l.* ZOES. *num.* 68. & 2) quod quis sibi & jure non requiri præeise. Certe CONSTIT. ELECT. *XXXII. P. II.* consanguineis permittit, ut, postquam resciverunt, venire bona hereditaria, deliberare possint, eo etiam fine, an expediat, pecuniam retrahendi causa mutuo sumere. Quod fieri neutiquam posset, si præcise de suo retrahere deberent. Et STRYCKIUS *de Success. ab intestat. Diss. VI. cap II. §. XIV. sqq* præjudicio hanc ipsam veritatem confirmat, quod propria bona retrahens habere non debeat. add. WERNHER. *P. X. Obs. CCLVIII.*

*d*) IN Saxonia retractus gentilitius ad solos alienatoris liberos restrictus est, eoque fratres reliquique collaterales omnes excluduntur *P. II. Constit. XXXI.* Ubi vero hoc jus sanguineis generatim indultum est, ita quidem proximitas spectatur, ut & nasciturorum ratio haberi soleat REINKING *de retract. consanguin. qu. II. n.* 46. Sed tamen, ut jam concepti sint, omnino requiritur BERGER. *Oec. Jur. p.* 662. WERNHER. *P. VI. Observ. CCCCXVIII.* Cumque hic unice proximitas gradus consideranda sit, per se patet, non cessare solum jus retrahendi, si remotior prædium in proximiorem translatum vindicet, sed & hoc extra dubium esse credo, eum, qui ex capite consanguinitatis retrahit, gradum consanguinitatis minimum & jus hereditarium demonstrare debere, eo effectu, ut præsumtio oriatur pro proximitate, eaque duret, quamdiu alius, se proximiorem esse, non monstravit. LEYSER. *Spec. CXCIII. med. IV.*

in suum usum, non in alterius utilitatem, neque in fraudem emtoris retrahere debeat: quod aliquando, si nimirum magna subsit suspicio, ut usurus retractu confirmet juramento, decernitur. GAIL 2. *O.* 19 *num.* 10. TIRAQUELL. *de retract.* §.26. *gl.* 1. *num.* 2. *it. num.* 12. 32. 33. *&* 39. ubi addidit limitationes RENNEMANN. *Jurispr. Romano-Germ. in* 3. *D.*33. *th.* 12. RICHTER. *n.* 174. unde nec ad heredem extraneum consanguinei transfertur. ID. *num.* 69. nec 3.) datur illi, qui non est consanguineus venditoris, licet res a majoribus ipsius descendat, & olim a suis consanguineis sit vendita RICHTER. *d. l. n.* 31. *& num* 40. Si vero ab extraneo, cui primum vendita, consanguineus retraxerit, & hic rursus alii extraneo vendiderit, locus est retractui. TIRAQUELL. §.32 *gl. un. n.* 5.

XXXIII. COMPETIT jus retrahendi etiam adversus remotiorem cognatum, cui res vendita est. Licet enim ea haud exierit e familia [e], tamen propinquior jus habet potius, quod ipsi eripi nequit. TIRAQUELL. § 11. *gloss.* 6. *n* 6. *&* 14. BOER. *dec.* 76. *n.*7. BERLICH. *d. concl. n.*54 ZOES. *n.*49. Sed quid, si uni ex pluribus proximioribus res sit vendita, anne reliqui possunt eam pro rata retrahere? Negatur, quia nec ad extraneum, nec ad remotiorem cognatum res venit, & penes venditorem videtur esse, cui ex cognatis pluribus æque pretio rem velit vendere. Non vero solum adversus emtorem competit, verum etiam, modo ratione primæ a consanguineo factæ venditionis agatur, tempore scilicet præfinito haud elapso, adversus possessorem, in quem emtor rem iterum alienavit: videtur enim hæc actio de retractu in rem scripta. TIRAQ. §.8. *gloss.* 5. *n.*8. GAIL. 2. *obs.* 19. *n.*6. BERLICH. *d. con.* 39. REINK. *q.*7. SAND. 3. *decis. Frisic. d.*13. *q* 2.

XXXIV. OBNOXIA retractui sunt bona immobilia, & quæ pro immobilibus habentur, præsertim avita, quæ scilicet a majoribus ad alienatorem pervenere [f], *Stammgüter d.* CONST. FRIDER. vid. TIRAQUELL §. 1. *gl.* 7. *n.*81. *& seqq.* BERL. 2. *c.*39. *n.*86. REINK. *q.*3. RICHT. *d. l. num.* 39 *& seqq & n.*47. Ex consuetudine tamen quorundam locorum, ut in Thuringia, etiam in bonis non avitis obtinet jus protimiseos, modo paterna fuerint [g]. RICHTER. *dec.*76. *num.* 14. *&* 15. Cæterum hoc ita intelligendum est, si bona ejusmodi a consanguineis adhuc possideantur & vendantur,

*e*) HANC Auctoris sententiam tamen de jure solum communi procedere puto, quod fundamentum retractus unice in proximitate sanguinis collocat. Verum aliter de jure Saxonico videtur statuendum. Nam si rite respiciamus CONSTIT. ELECT. *XXXI. P. II.* ratio juris retractus unice ponitur in eo, ut talia bona in familia conserventur. Inde vero non inepte inferri potest, jus retractus, ad liberos in Saxonia restrictum, cessare, si uni ex familia bonum avitum sit venditum, cum sic extra familiam non fiat alienatio. Et ita judicasse olim JCtos Vitembergenses testatur WERNHER. *P. V. Obs. CLIII.*

*f*) SIC patet, subintelligenda esse bona, quæ intuitu alienantis, non intuitu redimentis, avita sunt. Idque CONSTIT. ELECT. *XXXI. P. II.* convenire videtur, & in Praxi ita servatur. WERNHER. *Supplem. Observ. Vol. VII. p.* 163. Olim tamen JCtis Saxonicis aliam opinionem placuisse, eosque per bona avita ea etiam intellexisse, quæ a liberorum redimentium avo provenerunt, testatur IDEM *P. I. Obs. CLI.*

*g*) HOC itaque, cum a peculiari consuetudine derivandum sit, ut jus retractus etiam in bonis paternis locum habeat, nescio, qui SCHILTERO in mentem venire potuerit, ut *Exerc.* XXX. §. CXXXVIII. ex jure hoc consuetudinario argumentum deduceret, pro confirmanda opinione, quod jus retractus regulariter in omnibus bonis, tam avitis, quam paternis, & ab alienante noviter acquisitis, competeret. Merito igitur eligenda est opinio LYNCKERI, qui *Resol.* secus

secus est, si olim jam ad extraneum translata fuerint, & jam iterum vendantur. RICHTER. *d. decis. quæst.* 1. *num* 40. nisi forte, hoc extraneo rursus vendente, tempus, a priori emtione computandum, retractui exercendo præfixum, nondum fuerit elapsum. TIRAQUELL. *d. tract.* §. 1. *gl.* 9. *num.* 44. *& num.* 126. *&* §. 12. *gl.* 1. *&* 2. Sed quid si patrimonium universum quis vendiderit, sub quo quædam solum avita bona comprehenduntur, anne admittitur consanguineus, ut solva avita, prætermissis reliquis, ipsi retrahere liceat? Qua in re inter se haud conveniunt interpretes: affirmant illud MATTH. DE AFFLICT. *tract. de jur. protim.* §. *ult. n.* 33. RENNEM. *d. l. thes.* 20. RICHTER. *d. decis.* 76. *num.* 47. negant TIRAQUELL. *d. tract.* §. 73. *n.* 9. FABIAN. DE MONTE *de emt. quæst. princip.* 3. *n.* 41. JACOB. CURT. *tom.* 1. *conject.* 38. (qui subtiliter de hac controversia disserit) MATTH. COLER. *decis.* 229. *num.* 2. Sane cum emtor, hisce avitis ademtis, reliqua retinere nollet, nec etiam venditor avita sola vendere vellet, non video, quomodo jus retractus effectum habere possit. Difficultas quoque occurrit in componenda lite, quantum pretii, pro bonis universis soluti, aut promissi, definiendum ratione illius particularis rei retrahendæ. Omnino igitur sententia negantium videtur magis probanda. conf. *l.* 47. §. 1. *ff. de minor.*

XXXV. LOCUM habet ejusmodi redimendi jus in alienatione, quæ fit pretio vel æstimatione [b] interveniente, ut in emtione venditione, seu quando datur species seu corpus pro pecunia in solutum, item si res detur pro annuo censu, si res æstimata in dotem detur. Vid. REINK. *d. Tract. q.* 4. ZOES. *all. l. num.* 85. *& seqq.* BERL. *d. concl. num.* 55. *& seqq.* RICHTER. *d. decis.* 76. *num.* 176. *& seqq.* Quæri solet: an, bonis sub hasta venditis, retractus admittatur? Nos sequimur sententiam distinguentium [i]: aut bona nondum sunt addicta plus licitanti, sed statim post licitationem ab extraneo factum consanguineus idem offert pretium; aut vero jam sunt decreto judicis addicta bona ei, qui plus licitatus est. Priori casu locus erit juri retractus; quia perinde est, ac si consanguineus sit inter licitatores, adeoque merito præferendus extraneo. *l.* 16. *ff. de bon. aut. jud. possid.* CARPZ. 2. *c.* 31. *d.* 18. Posteriori autem casu non amplius admittendus consanguineus, quia, publice & autoritate judiciali venum re exposita, debebat voluntatem suam declarare STEPHAN. GRAT. *disc. for.* 544. *n.* 50. CARPZ. *d. l.* ANT. MATTH. *d. l. n.* 41. *vers. quantum adposteriorem.*

CCXVIII. negat, jus retractus in bonis paternis & noviter acquisitis locum habere, nisi id consuetudine sit introductum.

*b*) PLACET, ut omnem doctrinam de negotiis, quæ retractum admittunt, vel non, regula includamus, quam suppeditat LEYSERUS *Spec.* CXCV. *med. I.* hoc modo: Omnes istæ alienationes, in quibus singularis personæ acquirentis ratio non habetur, & alienantis peculiariter non interest, alium contrahentem intervenire, quarumque conditionem contrahens æque commode implere potest, retractum admittunt, reliquæ omnes non admittunt. Sic enim ratio incognita manere nequit, quare ibi solum retrahens jure suo uti possit, ubi res pretio, vel æstimatione interveniente, alienatur. Sed tamen in hoc etiam argumento consuetudo multum efficaciæ sibi vindicat. Id vero plane concipere nequeo qui fieri possit, ut BERLICH. *P. II. Concl.* XXXIX. *n.* 70. *&* 80. in locatione conductione retractui locum concedat. In locatione enim cessat alienatio, & per consequentiam cessare debet retractus, cum retrahere idem sit, ac rem alienatam sibi vindicare. Unde verior est sententia negans CARPZ. *P. II. Const.* XXXI. *def. VIII.*

*i*) VERUM prius distinguenda subhastatio voluntaria a subhastatione necessaria. Auctoris enim decisio de posteriori subhastatione est intelligenda. Quæ vero ex voluntate partium fit, vel ideo indistincte retractum excludit, quia, qui

XXXVI. NON autem obtinet jus retractus in donatione, REINK. *d. q.* 4. *n.* 93. item in permutatione. *d.* CONST. FRID. nisi 1.) pro re res alia, & simul pecunia detur, & hæc prævaleat, 2.) nisi res fungibilis, quæ statim vendatur, pro re altera detur, vel 3.) alias fraus subsit, vid. TIRAQUELL. §. 1. *gl.* 14. *num.* 19. 28. *& seqq.* REINKING. *d. q.* 4. *num.* 79. *& seqq* CARPZ 2. *c.* 31. *d* 17. RENNEM. *d. l. th.* 17. RICHT. *d. l. num.* 180. *& seqq* Secus est, si prædium quis suum retractui obnoxium, vel pro pecunia in solutum, *arg. l.* 4. *C. de evict. l.* 24. *pr. ff. de pign. act.* TIRAQUELL. *de retr.* §. 1. *gl.* 14. *n.* 2. *& seqq.* vel in dotem æstimatum, *arg. l.* 10. §. *si ante* 4. *de jur. dot. l.* 3. *ff. loc. l.* 5. *C. de jur dot.* TIRAQUELL. *d. gl.* 14. *num.* 108. dederit. Quæri solet de transactione? Nos retrahentem non admittimus [k], quia rem suam alter transigentium est consecutus. vid. ZOES. *h. n.* 88. CARPZ. *d. C.* 31. *d.* 17.

XXXVII. CAETERUM rem alienatam qui vult retrahere, tenetur idem pretium, de quo cum extraneo initio [l] ac vere convenit, actu & rite offerre, & licet particulariter solutum fuerit, totum; nondum vero solutum eadem, qua convenit, ratione exsolvere, *d. const* eademque pacta contractui addita præstare, & si quæ alia, ultra pretium, necessario, & ex more recepto, ab emtore præstita, ut laudemium, bibales, & similes sumtus modicos restituere. vid. latius GAIL. 2. *obs.* 19. REINK. *q.* 5. *&* 6. ZOES. *num.* 79. *& seqq.* RICHT. *d. l. n.* 112. *& seqq.* add. *num.* 141. SAND. *dec. Fris.* 3. *t.* 5 *d.* 11. BERL. *concl.* 41. *p.* 2. Deinde quoque emtori, si jam tenuerit rem, impensæ in eam factæ necessariæ & utiles, quas & ipse consanguineus impendisset, refundendæ veniunt *d.* CONSTIT. FRID *& d.* CONSTIT. ELECT. 32. BERL. *d. c.* 41. *num.* 40. *& seqq.* Ipse vero emtor retrahenti restituere debet rem cum fructibus pendentibus & perceptis, post actu oblatum & rite depositum pretium. *arg. l.* 2. *C. de pact. int. emt. & vendit.* conf. REINK. *qu.* 6. CARPZ. *d. p.* 2. *c.* 32. *d.* 7.

XXXVIII. RETRAHI ita, adeoque & pretium acta offerri, recusatum deponi rite, *arg d. l.* 2. secundum mores communiter fere receptos, debet intra annum & diem [m]. TIRAQUELL. §. 1. *gl.* 11. *n* 17. *& seqq.* GAIL. 2. *O.* 19. REINK. *qu.* 7. BERL. *d. p.* 2. *concl.* 40. juxta jus Saxonicum intra annum & sex septimanas, CONST. ELECT. 32.

alienationem approbat, juri retractus renunciat PHILIPPI *de Subhastation, c* IV. *com.* XII. *n.* 89.

*k*) QUOD regulæ supra allegatæ omnino convenit. Retrahens enim implere nequit conditiones transactionis. siquidem transactio præsupponat jus incertum, ejusque indolis sit, ut ab altera parte quid remittatur, ab altera quid præstetur, neutrum vero in retrahentem cadit. Posses tamen etiam dicere, jus retractus in iis solum rebus locum habere posse, quæ ad alienantem pertinuerunt, in transactione vero de eo non constat, & sic retrahens de præjudicio, sibi illato, conqueri nequit. Verum, ut facile patet, subintelligi ubique casum, quando de ipsa re, quam retractui obnoxiam credimus, transactio initur, ita, si aliud transactionis objectum adest, atque res ejusmodi per consequentiam solum in solutum datur, ego, retractum cessare, vix credo, defendi posse.

*l*) IN genere nota, in retractu emtionem priorem nullam declarari, eidemque aliam surrogari, mutatis solum personis, ita ut retrahens in locum prioris emtoris succedat. Et sic cuncta eadem sunt, quæ erant antea, dum prior contractus celebraretur. Quapropter etiamsi æstimatio rei interim creverit, plus tamen non solvit retrahens, quam prior emtor solverat. Quodsi vero prior emtor non rem eandem, sed meliorem reddat, de meliorationibus retrahens omnino respondere debet.

*m*) SI denunciatio non est facta. Si denunciatio facta illi, qui retrahere potest, jus ipsum retractus expirat, si alienationem, sese ad idem offerendo, intra triginta dies non impediverit *V. Feud.* XIII,

*p.*2. ibique Carpzov. *def.*4. Richter. *all. num.* 141. Computatur hoc tempus statim a facta v.g. venditione, licet res nondum tradita, Tiraquell. §. 1. *gl.*2. *n.* 20. Reink. *d. q.*7. *num.* 156. H. Pistor. 2. *q.* 12. *num.* 24. Carpzov. *d. c.*32. *d* 3. Ricter. *num.* 41. non tamen currit hoc tempus nisi perfecte negotium scientibus *n*), Tiraquell. §. 36. *gl.* 2. *num.* 30 Reink *d. q.* 7. *num.* 94. 100. Richter *d. l. num.* 147. ignorantiam vero, si præsumtio contra ipsos fuerit, probare debent, & quidem, aliis modis probandi deficientibus, juramentum imponitur. Reink. *d. l. n.* 117. Richter. *d. l. num.* 150. *& seqq.* Notandum porro hic est, hanc annalem præscriptionem non obesse pupillis & minoribus. Reink. *d. q.* 7. *num.* 149 Richter. *all. l. num* 165. 166. *&* 167.

XXXIX. Ab exposito jam retractu lineali seu gentilitio, indeque descendente actione, seu condictione ex moribus, (vid. Reink. *c. ult.*) si velint tuti esse contrahentes, debet rem venditurus denunciare consanguineis *d.* Const. Frid. *&* Constit. Elect. 32. qui, si consentiant, aut suo juri renunciant, excluduntur a jure retractus. *dd. text.* Quam renunciationem fieri quoque existimamus, si facta denunciatione dicant, se emere nolle *o*). Dan. Moll. *in d. c.*32. *num.*17. Carpzov. *in d. c.* 32. *d.* 1. nuda vero scientia, rem esse alienatam, tempore præfinito non elapso, non impedit illud jus. Carpzov. *d. l.* Berlich. *d.*40. *num.*49. Jure Electorali Saxonico singulariter statutum est, quod post resignationem judicialem non sit locus juri retractus. vid. Carpz. *d. p.* 2. *c.* 31. *d.* 13.

XL. Denique tractandum est de rescissione emtionis venditionis. Rescinditur vero 1.) re adhuc integra *p*), h. e. re nondum tradita, neque pretio soluto, mutuo scilicet dissensu *l.* 1. *&* 2. *C. qu. lic. ab emt. disced. & l.* 58. *ff. de pact.* 2.) ob pacta adjecta, de quibus jam dictum, 3.) ob dolum, vel etiam metum, de quibus causis in ge-

*n*) Non igitur qualiscunque scientia sufficit, sed perfecta requiritur, id est, ille demum perfecte scit, qui præterea, quod alienationem sciat, genus etiam alienationis non ignorat, pretii quantitatem & alia contractus capitula Stryck. *de success. ab intestat. Diss. VI. cap. IV.* §. *LIII.* Horn. *Jurispr. Feud. cap.* XX. §. IX. modo tamen supina negligentia non concurrat, & ignorantia vincibilis, quam certe difficulter declinabit, qui, palam celebrari emtionem venditionem, non ignorabat, & tamen per longam annorum seriem silebat. Leyser. *Spec. CXCV. med. IV.*

*o*) Vel maxime ambigua quidem est hæc locutio, cum, qui declarat, se jam emere nolle, non statim declarat, se intra tempora legitima retrahere nolle. Sed ea ambiguorum tamen est ratio, ut, quoties penes eum, qui loquebatur, stetit, ut se clarius exprimeret, interpretatio contra eum fiat; quod hoc in argumento multo magis statuendum, quo certius est, eum, qui perspicue interrogatus, dubie respondet, ubi tamen clare loqui debebat, in culpa esse, ea vero ratione damnum, quod sua culpa contraxit, non sentire.

*p*) Distingue sequentes casus. Aut emtio venditio adhuc imperfecta est, aut perfecta, nondum tamen per traditionem consummata, aut denique consummata. Ibi, quia nieri tractatus adsunt, unus contrahentium invito altero impune recedit, vid. tamen Schilter. *Exerc.* XXX. §. CXXXIV. In secundo casu utriusque dissensus requiritur, nec contractus, si alter promissa non implet, rescinditur *L. XIV. C. de rescind. vendit.* Si vero consensu utriusque rescissio fiat, idem est, ac si emtio venditio non esset celebrata, omnisque ex utraque parte in pristinum statum revocentur eo effectu, ut & omnia jura tertii, quæ per venditionem forsan expirassent, reviviscant, v. c. jus pignoris. In tertio denique casu non simpliciter prohibetur, ne partes a contractu recedant. Dum vero recedunt, non prior emtio venditio rescinditur, sed novus potius contractus celebratur. Quam multum vero interfit, si hac vel illa ratione rescindatur venditio,

Zz 2

nere *T. XXII.* dicetur; denique 4.) in specie ob læsionem q) ultra dimidium r) per *l. 2. C. de rescind. vend.* quo remedio venditor s) utitur, si nimirum pretium, de quo convenit, nec dimidiam partem veri pretii conficiat, & similiter emtor, si res vendita, ne quidem quoad dimidium valorem, pretio soluto respondeat. Æstimanda vero est læsio secundum tempus contractus, & probanda per testes & peritos rerum æstimatores, aliquando juratos. Agitur vero alternative t), ut aut a contractu recedatur, aut læsio resarciatur, & in rei conventi arbitrio est, quid velit eligere. Si igitur venditor agat ex *d. l. 2. C. de rescind. vend.* emtor eligit, velitne rem restituere, accepto pretio & impensis, forte in rem factis; an, quod deest justo pretio, supplere. Sin vero emtor egerit, venditor eligit, an velit pretium superfluum restituere; an vero totum pretium reddere, restituta re vendita u).

id indicat BÖHMER. *Jur. Digest. ad tit. de rescindend. vend. §. XI.*

q) ET quidem eam, quæ contingit I) in pretio communi, quod ex hominum communi determinatione dependet, & ad punctum haberi nequit; In legali enim pretio contingens læsio, minima quoque, reparanda est, II) Absque dolo contrahentium interveniente, cum hic magis de dolo agatur *L. V. C. de rescind. vendit.* III) Ignorantibus iis, qui contrahunt, siquidem volens & sciens, se lædi, queri nequit. IV) In negotiis, quæ de re certæ æstimationis ineuntur, quapropter cessat in transactionibus, emtione spei, emtione universitatis juris, sponsionibus, verbo, in omnibus negotiis, quæ aleam continent.

r) TOLERANT itaque leges aliquam læsionem, quia in pretio, quod ab arbitrio hominum dependet, & ob circumstantias loci, temporis, periculi, raritatis, &c. quam maxime variat, circumventio omnis evitari, & qualiscunque læsionis reparatio vel ideo admitti nequit, quia alias vis fieret legi universali, quæ pacta & fidem datam servare jubet. Sed non tolerant læsionem ultra dimidium, eamque reparari volunt, quo & alteri legi, quæ ex alterius damno lucrum capere vetat, aliqualiter satisfiat. Crediderunt itaque Legislatores, Reipublicæ expedire, ut ob collisionem duorum præceptorum Juris Naturalis, læsio, quæ rescissionem contractus operaretur, & quæ validitati negotii haud obesset, determinaretur potius publica lege, quam arbitrio judicis relinqueretur. Sic vero scirent contrahentes, ob quam læsionem parata esset in foro civili actio. Quæ cum ita sint, facile patet, Legislatores humanos suo jure usos esse, vi cujus permittitur, ut propositiones Juris Naturalis universales circumscribere, & si collidant inter se invicem, minori malo electo, majus avertere possint. Quod iniquitatem non continet, sed ad caput æquitatis hypotheticæ referri mereatur, quam eligere potest Legislator humanus, quando ex æquitatis absolutæ observantia præjudicium Reipublicæ imminet, ceu late contra THOMASIUM, qui æquitatem *L. II. C. de resc. vendit.* cerebrinam nominavit in *peculiari Dissert.* aliasque demonstravi in *Fundament. Jur. Naturæ & Gent. de observand. æqualit. inter rem & pretium in contract. oneros.*

s) SED in genere nota, usum allegatæ legis in omnibus negotiis permutatoriis & onerosis, quæ obligationes mutuas & utrinque directas habent, conspicuum esse, quotiescunque alter contrahentium læsionem prævidere non potuit. Quod negat quidem HUBERUS, & extra casum venditionis rescissionem contractus ob læsionem non admittit *Prælect. ad tit. D de rescind. vendit. §. III.* sed absque fundamento. Unum enim idemque in omnibus contractibus permutatoriis rescissionis est fundamentum, ne alter cum alterius gravi damno locupletior fiat.

t) QUOD tamen præcise fieri non debet, sed hoc sufficit, ut ad contractus rescissionem petitum dirigatur, cum jam tacita insit conditio, si læsio non reparetur BÖHMER. *Diss. de libell. alternat. cap. III. §. II. seqq.*

u) QUID vero, si res non amplius extet penes emtorem? Emtor nihilosecius agit ad pretium refundendum, eo effectu, ut venditor vel refundat, vel offerendo id, quod plus æquo accepit, se ab obligatione liberet. Nam adest adhuc causa læsionis, & lucrum penes venditorem extat. Venditor autem actionem amittit, quia emtor, qui rem amisit, in lucro amplius non hæret. Nec obstat natura obligationis alternativæ, vi cujus alias, licet una res perierit, altera tamen peti potest, *L. II. §. III. D. de eo, quod cert. loc.* Hoc enim, ut fieri possit, requiritur conventio antecedens, qua se quis ad hoc vel illud præstandum obligavit. Ast nostro in casu contrahentes sibi

XLI. Non autem locum habet hoc remedium 1.) si quis sciens viliori pretio vendiderit, 2.) si specialiter renunciaverit huic remedio, add. Richter. *Decis.* 95. *num.* 63. *seqq.* immunis etiam est ab hac rescissione emtio venditio sub hasta facta, nisi singularis perfidia probetur, Carpzov. 4. *Resp.* 1. *num.* 5. *&* 23. *& de Process. jur. tit.* 25. *art.* 4. Richter. *Dec.* 99. *num.* 47. *&* 100. 4.) non habet locum in hereditate vendita, *arg. l.* 10. *&* 11. *ff. de her. vel act. vend.* Sande *L.* 3. *decis. Fris. tit.* 4. *def.* 15.

Add. *L.* 3. *T.* 32. *I. de oblig. ex consens. & T.* 24. *I. de emtione vendition.*

# Titulus XII. DE LOCATIONE CONDUCTIONE.

## SUMMARIA.

Aphor. I. *Locationis conductionis descriptio.* L. 9. ff. t. 2. loc. cond. II. *Ineunt hunc contractum locator & conductor, qui diversimode ita dicuntur.* III. *Locantur res ac operæ.* IV. *Pro usu rei, aut opera, præstanda merces.* V. *Forma.* *Aliquando tacite hic contractus continuatur.* VI. *Similis est locationi conductioni ammodiatio.* VII. *Obligatio mutua ex locatione conductione.* VIII. *Locantis rem obligatio.* IX. *Locantis operas obligatio.* X. *Aliquando locator expellere potest conductorem.* XI. *Aliquando & conductori a contractu licet resilire.* XII. *Obligatio conductoris.* XIII. *Obligatio locantis operas.* XIV. *Actio locati conducti.* XV. *Emtor non tenetur servare locationem conductionem a venditore initam.*

I. Locatio conductio est contractus de præstando certo usu rei [x], aut præstanda opera personæ, pro certa mercede. *l.* 14. *l.* 22. §. 1. *&* 2. *ff. loc. cond. pr. I. eod.*

II. Ineunt hunc contractum locator, & conductor: & quidem in locatione rerum is dicitur LOCATOR, qui præstat usum, qui mercedem pro usu solvit, dicitur CONDUCTOR. Ast in locatione & conductione operæ distinguitur inter opus & operam: qui est LOCATOR respectu operis faciendi, idem est CONDUCTOR

invicem non ex conventione, sed ex æquitate, a lege certo modo agnita, obligati sunt, ne lucrum ex alterius damno habeant. Quod lucrum cessat, si res penes emtorem periit. add. *L. XXVI.* § *IV. D. de noxalib. action.*

*x*) Ergo in locatione conductione id non agitur, ut dominium transferamus. Idque in regula. Nam & hæ partes agere possunt, ut conductor periculum suscipiat, quæ locatio vocatur irregularis. Exemplum ejus occurrit in contractu Soeidæ, quando pecudes locamus cum pacto de recipiendo periculo. Nonnunquam ex ipsa legis dispositione, qui operas locavit, periculum subit in se, cujus causa operas præstat. *L.* XXXI. *D. Locat.* Cave tamen existimes, in locatione in perpetuum, vel in longius tempus facta, id actum esse inter partes, ut dominium in conductorem transeat. Contra hos enim, qui tum alienationem subesse credunt, pugnant *L.* XXXIX. *D. Locat. L. II. C. de præscript.* XXX. *annor. L. I.* §. *XV. de exercit. action.* add. Ludwigii *Jus Clientel. German. Sect. III. cap. I.* §. *VIII.* Id certissimum est, majores nostros sæpissime usum rei suæ perpetuum & in heredes transitorium aliis concessisse, prædiaque censitica hereditaria constituisse, nec tamen dominium transtulisse. Et eatenus etiam admitti potest præsumtio, quam ex usu rei, in longius tempus concesso, capiunt Doctores, pro afferenda qualitate prædii censitica hereditaria. Sed, quia, inter hæc & prædia emphyteutica Romanorum post juris Romani receptionem perpetuam servare differentiam, ex re sua non duxerint Interpretes, factum est inde, ut ex longo rei usu pro uniformi canone concesso prædia emphyteutica præsumerent, quotiescunque, quid inter partes ab initio actum sit, non constaret, vid. Schilter *Exerc.* XLVII. §. LXII & adde, quæ supra diximus ad *Lib* II. *Tit.* XII.

respectu operæ; & qui est CONDUCTOR respectu operis, idem est LOCATOR respectu operæ vid. *l.* 11. §. 3. *l.* 13. §. 1. & 2. *l.* 19. §. 1. *it. l.* 22. §. 2. *l.* 36. *l.* 51. §. 1. *ff. locat. l.* 27. §. 34. & 35. *ff. ad L. Aquil.* add. *l.* 2. *pr. ff. ad L. Rhod. de jactu.*

III. LOCANTUR res[y] mobiles & immobiles. *l.* 48. §. 1. *loc. cond.* item operæ, quæ a persona præstantur, scilicet mercenariæ, vid. *l.* 5. §. 2. *l.* 7. *ff. de P. V.*

IV. PRO usu rei vel pro opera personæ solvitur certa merces[z] §. 2. *in f. I. quib. mod. re contr. obl. pr. I. loc. cond.* quæ regulariter consistit in pecunia numerata. *d. pr. I. h. t. l.* 5. §. 2. *ff. de P. V.* propter commodiorem tamen contrahendi modum receptum est, ut usus rei, in qua fructus nascuntur, locetur pro certa fructuum illorum annua quantitate[a]. *l.* 8 *l.* 21. *C. loc. cond.*

V. FORMA hujus contractus consistit in consensu[b] de concedendo usu rei, aut præstanda opera, pro certa mercede. *d. pr. I. h. t. l.* 14. *ff. loc. cond.* Solet sæpius locationibus rerum certum tempus præfigi. *l.* 14. *l.* 24. §. 2. *ff. loc. cond.* Si vero dominus præ-

y) IN locatione conductione res venit, & factum. Rei conceditur usus, finito usu restituendæ. Non itaque valet hic contractus de rebus, quæ usum non præstant, nisi consumantur. Nec valet de rebus, quarum usum alteri concedere, lex vetat. Varia prohibitionum exempla prostant in jure Germanico, Pontificio & Romano, quæ Compendia exhibent. Factum deinde mercenarium & ita comparatum esse debet, ut certa mercede compensari soleat. Nam ob præstantiam operæ, quæ ingenio magis, quam corpore peragitur, facta aliquando certam æstimationem non recipiunt. Et quamvis Romani, de his ipsis pacisci, nullibi prohibuerint, maluerunt tamen ejusmodi pacta contractibus innominatis annumerare, quam ex locatione conductione dijudicare, add. *L. II. & VII. de præscript. verb.*

z) DE qua in genere notandum, quod easdem qualitates exigat, quæ in pretio emtionis venditionis adesse debent *L.* XXX *Locat. L.* XXIII. *Comm. divid.* Et sigillatim in locatione operarum pecunia numerata intervenire debeat. Quodsi enim aliud præstetur, vel etiam mercedis summa futuræ magis determinationi reservetur, contractus innominatus adest.

a) ID itaque salva locatione conductione in locatione rerum fit, eo temperamento, ut res ista fungibilis ex fundo proveniat, & ejus quantitas ab initio determinetur. Sæpius vero hoc in casu negotium ita perficitur, ut quis culturam agri suscipiat, ea lege, ut fructus communes sint, & pro operis præstitis damnum & lucrum inter colonum & dominum partiatur. Quod negotium in coloniam partiariam degenerat, & ex societate atque locatione conductione mixtum est. Nam eatenus societas est, quatenus lucrum & damnum commune est. Ad locationem accedit, quia ad heredem quoque transit. Nec tamen actio pro socio, nec actio locati locum habet, sed tanquam ex innominato contractu præscriptis verbis agendum est, vid. LAUTERBACHII *Diss. de colono partiario.*

b) CUM itaque consensu perficiatur negotium, facile patet, invitum aliquem neque ad locandum adigi, neque facultatem locandi prohiberi posse. Verum hic vel salus publica, vel peculiaris legis dispositio exceptionem parit. Ob publicam salutem interest, ut clerici, qui loco salarii reditus ex agris expectant, ad hos locandos compellantur, ne stiva familiarior fit libris biblicis BÖHMER. JUR. PAROCH. *Sect.* V. *cap.* II. §. XV. Aliud exemplum est in *L.* XI. §. *fin. de publican.* Sic etiam recte præcavet magistratus, ne quis inquilinum recipiat, a quo incendii periculum imminet, vel rem in suo habeat, quæ incendii metum auget. Privilegio porro muniti eruditi prohibere possunt, ne vicinus ædes locet opifici, qui opificium cum strepitu vel fœtore exercet FINCKELTHAUS *Obs* LXIV. modo tamen eruditi prius ibi habitarint, vel cum opificibus in conducendis ædibus concurrant FABRI *Staats-Canzley P.* II. *cap.* VII. *num.* 16. *seqq.* Est etiam in ORDIN. POLIT. SAXON. *Tit.* XXXIII. peculiaris dispositio, vi cujus rusticorum liberi dominis jurisdictionalibus operas locare tenentur, quod vocatur *der Dienst-Zwang*, & ex antiquo jure dominorum Germanicorum in servos derivandum est, vid. quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. I. Ex. VI. §. IV. sqq.*

dii conductorem ultra tempus definitum in fundo permanere patiatur, locatio tacite continuata censetur [c]. *l.* 13. *§. fin. l.* 14. *ff. loc. l.* 16. *C. eod.*

VI. AD contractum locationis conductionis etiam pertinet contractus ammodiationis, quem hodie vocant Gallica voce, quo nimirum reditus alicujus provinciæ æstimantur, & conductori percipiendi conceduntur, certo pretio seu mercede constituta, add. BESOLD. *thes. pract. voc. Ammodiren.*

VII. ORITUR ex locatione conductione obligatio mutua utrinque principalis, ut scilicet locator & conductor sibi invicem præstent, quod in contractum est deductum, & de quo convenit. *l.* 21. *ff loc. cond.*

VIII. IN specie locans rem, ejusve heres, præstare debet, ut ista re commode conductor uti possit *l.* 15. §. 2. *in f. loc.* v. gr. ædes fartas tectas tradere, ostia, fenestras, tecta, aliaque necessaria reficere. *l.* 25. §. 2. *locat.* exceptis iis, quæ ipse conductor sua culpa corrupit. *l.* 29. *C. eod.* Et porro, quicquid contractus lege expressum. *l.* 21. *l.* 25. *§.* 3. *ff. loc. l.* 19. *C. eod.* vel ipsi negotio tacite inest [d]. *l.* 24. § 4. *in f. ff. eod.*

IX. OPERARUM autem suarum locator fideliter eas præstare debet [e], & quidem ab artifice exactissima diligentia exigitur. *arg. l.* 25. §. 7. *ff loc. cond.*

X. NOTANDUM hic est, quod certis casibus conductor a conductione recedere, & locator conductorem, ut migret ante conductionis tempus finitum, adigere possit. Ita locator invito conductore a contractu recedit [f], si 1.) ex superveniente necessitate

c) ID est, locatio conductio iisdem conditionibus, quæ priori contractui inerant, renovata est, solo tempore excepto *L.* XIII. §. XI. *D. L.* XVI. *C. Locat.* Nam in prædiis rusticis solum in annum reconductio facta videtur, etiamsi prior locatio in plures annos facta esset, modo tamen, qui mercedem solvit, eodem anno emolumentum percipere & re uti possit. Quoties enim res locata non singulis annis utilitatem præstat, æquum est, ut eousque reconductio duret, donec conductor utilitatem perceperit. Atque hanc dispositionem ad prædia urbana etiam extendendam puto. Quamvis enim alias, quia singulis momentis utilitas ex prædio urbano percipitur, reconductio, si de ea inter partes non convenerit, vel mores aliquid peculiare non introduxerint, pro eo tempore facta censeatur, quo conductor post locationem primam habitavit, & locatore patiente mansit. *L.* XIII. § XI. *D Locat.* æquitas tamen jubet, ut, quando fructus ex prædio urbano inæqualiter percipiuntur, relocatio duret ad tantum tempus, quantum fructibus percipiendis sufficit. add. FRANZK *tit. D. Locat. num.* 18. BRUNNEMANN *ad L.* XIII *D. Locat.* WERNHER *P. I. Obs.* XVI *&* CLXVIII.

d) PRAESERTIM huc spectat obligatio locatoris de indemnitate præstanda, si vel rem non præstiterit ad usum habilem *L.* XIX. §. I. *D. Locat.* vel conductor impensas fecerit, quæ rem conservant. *L.* LV. §. I. *Eod.* vel onera realia ipsi fundo imposita exsolverit. Nam impensas, quas conductor sua utilitatis causa fecit, non restituit locator, nisi conductor ipsi rem meliorem restituat *L.* XXV. *D. de pignor. action.* SCHILTER. *Exerc.* XXXI. *th* XXX. Et onera personæ vel fructibus vel negotiationi imposita solus conductor ferre debet.

e) HOC est I) præcise. Nec enim præstando interesse, si factum ipsum adhuc præstari potest, invito locatore liberatur. II) Debita diligentia & cura, ita quidem, ut, qui tanquam artifex, vel tamen negotium summa præcautione expediendum suscipit, de omni culpa tenestur. Imo, si opus faciendum quis locavit, idem ipse, si vitio operis casus evenit, de casu respondet *L. ult D. Locat.* add. *L.* XXXVI. *in fin. L.* XIX. *Eod.* & quidem per quindecim annos LEYSER. *Spec.* CCXII. *med.* III.

f) NON tamen his in casibus propria auctoritate expellit conductorem, sed publica auctoritate & causæ cognitione opus est. Et potest quidem pacto interveniente locatori privatam expulsionem concedere, sed jure hoc locator tum demum uti, si conductor ipsi possessionem vacuam ultro relinquat. Sin resistit, adhuc causæ cognitione opus, nec vis privata adhibenda est.

ædes reficiendas [g], aut propriis usibus necessarias esse probaverit. *l.* 3. *C. locat.* si modo tempestive inquilinum admoneat, ut de alia domo sibi prospicere possit *arg. l.*17. *§.*3.*ff. commod.* autoritate judicis, si opus est, adhibita; *arg. l.*176 *de R.I.* CHRISTIN. *ad LL. Mechlin. t.*8. *art.*8. *num.*7. non vero sufficit, eam necessitatem allegari a locatore, sed probari legitime debet, FABER *ad C. lib.*4. *t.*42. *def.*51. CARPZOV. *p.*2. *c.*37. *d.*6. *n.*9. *seqq.* ubi hoc extendit, contra SICHARDUM & DOCTORUM communem sententiam, ad fundos locatos: quæ tamen extensio propter manifestam rationis disparitatem vix admittenda erit; 2.) si male in ædibus versetur conductor, *d. l.*3. *C. locat.* 3.) si merces non solvatur [h]. *d. l.*3.

XI. CONDUCTOR vero justam resiliendi & emigrandi, aut remissionem pensionis impetrandi causam habet [i], si inopinatum aliquod damnum obvenerit. *l.*27. *§. f. ff. loc. l.*13. *§.*7. *eod.* juncta *l.*33. *ff. de damn. inf.* ut sunt in ædibus, si domus ruinam minetur; item si spectris infestetur; *arg. d. l.*27. *§. f. ff. loc.* in prædiis vero rusticis impetus hostium, vis fluminum, & fructuum magna sterilitas [k]. *l.*8. *&* 18. *C. eod.* cujusmodi casus prudentis judicis arbitrio relinquuntur.

XII. CONDUCTOR rei, ejusque heres, obligatur 1.) ut mercedem solvat, licet deseruerit rem sine justa causa. *l.*55. *§. ult. ff. loc.* 2.) debet re, ut bonum patrem-

*g*) REFECTIO tamen I) necessaria esse debet *L.* XXXV. *D. Loc.* II) nec fieri conductore inhabitante *L.* XXVII. *pr. Eod.* Quia vero causa hujus expulsionis temporaria est, jus inhabitandi, cessante causa, reviviscit ZOESIUS *ad tit. D. Locat. num.* 35.

*h*) NON tamen sufficit, solutionis terminum semel esse elapsum, sed iterata vice conductor moram in solvendo committere debet. Nam ne præcise quidem ad biennium respiciendum est, de quo *L.* LIV. § I. *Locat.* cum sufficiat, terminum solutioni esse præstitutum, & bina vice elapsum.

*i*) GENERATIM conductor hoc jure utitur, si vel usus promissus non præstetur, vel intercipiatur in totum. Si enim pro parte solum intercipitur, non migrat, sed remissionem pensionis urget. De metu spectrorum, an justa migrandi causa sit, dubitat THOMASIUS *Diss. de non rescind. locat. conduct. ob met. spectror.* Sed enim vero, missa lite de ipsa spectrorum existentia, satis causæ adesse existimo, quando migrat conductor, cui quietus rei usus ea ratione intercipitur, quamvis nesciat, spectrane an malevoli homines sub specie spectri quietem turbent, cum vel hoc sufficiat, periculum sanitatis vel vitæ subesse ex terrore & metu oriundum, quamcunque demum originem habeat.

*k*) HAEC vel ideo justa causa est, pensionis remissionem exigendi, quia locator in prædiis rusticis omnino præstare debet, ut conductor fructus percipere possit. Quamvis enim id non simpliciter fiat, cum multum spei subsit *L.* XVIII. *C. Locat.* fructus tamen regulariter, si debita cultura agri accedat, speramus, eorumque intuitu conductor mercedem promittebat, quam sine dubio non promisisset, si scivisset antea, se fructus non percepturum. Sic vero res venit in eum statum, a quo initium habere non potuit, quod omnes obligationes cessare facit. vid. LEYSER. *Spec.* CCXVII. *med.* VI. Idque ad prædia etiam urbana applicari posse credo, si conductor principaliter ad certam utilitatem percipiendam respexit, quæ postea casu intervertitur. Nec conqueri potest locator, cum & idem ipsa, si rem possedisset, emolumento carere debuisset. Ut tamen remissio pensionis locum habeat, I) præsupponendum est, agi de locatione in singulos annos facta. Si ad plures annos facta, nec partes de remissione singulis annis facienda convenerint, quod facere possunt, conductor sterilitatem unius anni cum ubertate alterius anni compensare debet. *L.* XV. *§. IV. Locat.* ibique BRUNNEMANN II) Adesse non debet culpa conductoris *L.* XXV. *§. II. Eod.* III) Calamitas extra consuetudinem & extra ipsam rem conductam supervenire debet *L.* XV. *§. II. & V. Eod.* & IV) contingere ante fructuum separationem. Fructus autem tum procul dubio separati sunt, quando fundo non amplius cohærent. Hoc enim convenit §. XXXVI. *J. de Rer. Div. L.* XXVI. *§ I. D. de furt.* STRYCK. *Cautel. Contr. Sect.* II. *cap.* IX. fami-

familias decet, uti [l], *l. 3. C. de loc. cond.* & damna, dolo culpaque ejus evenientia, resarcire. *l. 28. C. eod.* de casu vero fortuito non tenetur, *d. l. §. 3. I. de loc. cond* nisi aliter convenerit. *l. 9. §. 2. l. 13. §. 5. ff. locat.* quo etiam pertinet, si oves & vaccæ ferreæ (*eiserne Schafe oder Kühe*) locatæ sint, nimirum quod in locum demortuarum conductor alias substituere debeat: cujusmodi contractus Socida ab Italis appellatur. vid. TABOR. *tract. de jur. Socidæ*.

XIII. OBLIGATIO locantis operas, seu conducentis opus, consistit in præstatione istarum operarum promissarum [m] *l. 25. §. 7. loc. cond.* & conductor operarum, seu locans opus, obligatus est, ut mercedem solvat pro opera [n]. *l. 30. §. penult. ff. eod.*

XIV. AD persequendum, quod ex obligatione mutua conductor locatori, & vicissim locator conductori debet, datur quoque actio mutua locati conducti, qua locator adversus conductorem agit, ut mercedem solvat, & rem finita locatione restituat [o]: & vicissim conductor adversus locatorem, ut usum rei, vel operas præstet, opus conficiat, & damna resarciat.

XV. TANDEM sciendum, quod successor singularis [p], v. g. emtor, non sit obli-

§. *XXII.* Denique V) sterilitas magna esse debet. Quæ autem sit magna, regulis confici nequit, sed arbitrio & judicio peritorum œconomorum committendum est. Unde consultum, ut partes ab initio certi qoid determinent, ne postea litibus implicentur. Cautus etiam sit conductor, ne prius fructus in horreum deducat, quam in rem præsentem daduxerit peritos æstimatores.

*l*) AN & sublocare? Affirmat *L. VI. C. de Locat. & cond.* Fit tamen periculo primi conductoris. Nec secundus conductor locatori primo ex ullo capite est obligatus, sed cum primo solum conductore agit. Ex æquitate tamen, si primus conductor non sit solvendo, locatori concedendum est, ut cum secundo conductore agat. Caveat itaque, qui rem locat, ne liberum conductori relinquat sublocandi arbitrium.

*m*) QUODSI eas non præstat, id vel culpa locatoris, aut conductoris, vel casu evenit. *Si*, qui operas conduxit, *ipse* impediat locatorem, ne præstet, v. c. si familiam absque justa causa expellat, tunc nihilosecius mercedem solvere debet integram *L. penult. §. I. D. Locat.* Si per locatorem stetit, quo minus præstaret, v. c. si absque causa aufugiat, non mercedem solum amittit integram, sed & de omni damno & interesse tenetur add. *L.* XIX. §. IX. *L.* XXXVIII. *pr. Eod.* Casus interveniens vel contingit in persona ejus, qui operas conduxit, qui v. c. moritur, tum, quia per locatorem non stetit, quo minus præstaret, ipseque tamen locator impeditus fuit, ne aliis operas locaret, integra iterum merces debetur *dd. LL.* vel contingit in persona locatoris, qui v. c. ægrotat, tum nihil debetur *L. XV. §. VI. Eod.* Multum tamen posteriori in casu æquitati dandum est, vid. WERNHER. *P IX. Obs. CVII.* LEYSER, *Spec. CCXII. med. V.*

*n*) REGULARITER pro rata temporis, vel si integrum opus per aversionem locatum, finito opere *L. LXXX. § I. ad L. Falcid.* Sed primario tamen respiciendum est ad id, de quo partes convenerunt. Sæpissime enim & id agitur, ut merces singulis diebus, vel hebdomadibus, *nach Tage- oder Wochenlohn*, vel etiam post admensurationem *nach Ruthen-Zahl* solvatur.

*o*) NON itaque recte restituit ante finitam locationem, sed nihilosecius integram, si justa causa migrandi desit, pensionem præstat *L. XXIV. §. II. L. XV. L. LV. § fin. Loc.* Ipsam vero rem restituere debet non deterioratam, in specie, & præcise. Nam non de damno solum respondet, & culpam præstat, sed etiam restitutionem per quæstionem dominii remorari nequit, & hanc post restitutionem ventilare debet *L. XXV. C. de Locat.* MEVIUS *P. III. Decis. CCCII.* Utitur tamen, si impensas fecit, jure retentionis. Et eodem modo locator, quousque conductor obligationi ex asse non satis fecit, in rebus illatis & fructibus jus pignoris exercet.

*p*) QUALIS quidem est, qui rem ex titulo singulari acquirit, sed tamen his annumerari nequeunt, qui, res suas, quas alii hucusque administrarunt, jam ipsi recuperant. Hi enim locationem ab administratore initam impugnare nequeunt.

gatus, ut servet locationem q, a venditore contractam. *l. 9. C. Locat. l.25. §.1. ff. eod.* quia scilicet emtor dominus rei est, nec conductor ullum jus in re habet, sed solum personam locatoris obligatam habet, adversus quam ad interesse agere potest. *l.24. §.4. in f. l.25. §.1. l.30. §.1. l.33. ff. loc.* Quod tamen limitandum est 1.) si conductor sibi de hypotheca prospexerit in re conducta, quo casu iste emtore potior est, usque dum conductio finita r. COLER. *p.1. d.8. num.18.* CARPZOV. *p.2. c.37. d.4. & 5.* SANDE *l.3. decis. Fris. t.6. d.1. & 7.* 2.) nisi ea lege emerit, quod velit stare, cui prior dominus locavit, uti sunt verba *l.9. C. de loc. cond.*

ADDAT. *L.3. T.25. I. de loc. & conduct.*

## TITULUS XIII. DE CONTRACTU EMPHYTEUTICO.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Contractus emphyteutici descriptio.* II. *Personae contrahentes, & res, de quibus contrahitur.* III. *Forma hujus contractus.* IV. *Mutua obligatio ex hoc contractu.* V. *Actio ex contractu emphyteutico.*

I. CONTRACTUS emphyteuticus s est de concedenda ipsa rei immobilis quodammodo proprietate, ejusque plenissimo usu, ut melior res reddatur, ac certus canon domino superiori in recognitionem solvatur. *§.3. I. de loc. & cond. l.1. & seqq. C. de jur. emphyt.*

II. INEUNT hunc contractum dominus & emphyteuta de domo agrove, uti jam supra expositum *Lib.II. Tit.XII. aph.* 4. & 7.

III. FORMA hujus contractus consistit in consensu de ipsa re, ita ad usum plenissimum concedenda, sub conditione praestandi canonis, & saepius solet super hac re

q) QUAM maxime controversum esse hoc argumentum, neminem fugit. Si tamen res ex Legibus Romanis conficienda est, vereor, ne causam perdant, qui Auctoris sententiae suum judicium adscribunt. Nam *L.IX. C. de Locat.* ad quam provocant, plane alium casum loquitur, &, si res vendita prius, quam conducta, emtorem conductori praefert. Ab hoc vero casu, si discesseris, rationis est, ut plus juris venditor in emtorem transferre non possit, quam ipse habet. Rei venditae autem, cui conductor insistit, possessionem vacuam transferre nequit. Idque approbant STATUT. HAMBURG. *P.II. Tit.IX. §.XIII.* add. ZOLLII *Differt. ad L.IX. C. de Locat.*

r) QUAE decisio tamen vel ideo dubia videtur, quia istud jus pignoris retinendi solum facultatem tribuit, donec id, quod in obligatione est, praestiterit tertius possessor. Et sic, si alias vera est sententia, emtorem non stare debere locationi, conductor etiam ante finitum locationis tempus migrare debet, si emtor interesse praestat. Tutius itaque est, ut conductor cum hypothecae constitutione pactum de non alienando conjungat, quo nul[illegible] ipsa alienatio. vid. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. IX. §. XVI.*

s) CUM jam supra ad *Lib. II. Tit.* XII. indoles negotii Emphyteutici sufficienter exposita sit, hoc solum addam, formam peculiarem huic contractui demum a Zenone Imperatore in *L. I. C. de jur. Emphyteut.* datam esse, cum olim dubitarent prudentes, essetne annumerandus emtionibus venditionibus, an locationibus conductionibus. Et de utraque specie emphyteusin aliquid assumere, & de utraque nihilosecius differre, ipsa definitio docet. Adest pretium, sed plus simplici vice solvendum. Transfertur dominium, non tamen plenum & irrevocabile. Utilitas ex re conceditur, nec tamen merces cum fructibus proportionem habet. Sic vero litium evitandarum caussa necesse erat, ut peculiarem formam ipse contractus emphyteuticus indueret. Quae etiam caussa fuit, ut postea de aliis etiam rebus concipere.

scriptura confici (*Ein Erb-Zinss-Brief* ^t^) *l.* 1. *verb. scriptura interveniente C. de jur. emphyt.*

IV. Oritur ex hoc contractu mutua obligatio, utrinque principalis. Dominus scilicet tenetur rem & plenissimum usum concedere, imo & dominium aliquod, quod utile vocant *d. text.* emphyteuta vero obligatur, ut dominum recognoscat, & canonem solvat; nec ipsum excusat, si casus fortuitus circa fructus, vel etiam circa rem, evenerit: quia scilicet non solvit mercedem, fructibus proportionatam, vid. *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* excipitur 1.) casus, quo propter bellum hostiumve incursum, emphyteuta fundum plane non potuit colere. Carpz. 1. *resp.* 91. 2.) si pensio tanta sit, ut fructibus fere respondeat. Clar. *L. IV.* §. *emphyteusis. q.* 8. *n.* 7. *& seqq.* Gail. 2. *O.* 23.

V. Ad persequendum, quod ex hoc contractu debetur, datur actio ex contractu emphyteutico, qua nimirum emphyteuta agit, ut res tradatur, & usus præstetur; dominus vero, ut canon, & certis casibus laudemium, (*das Lehn-Geld*) solvatur, vid. *L. II. Tit. XII. aph.* 10. Add. *L.* 3. *Tit.* 25. §. 3. *I. de loc. & cond.*

## Titulus XIV. De Societate.

### Summaria.

Aphor. I. *Societatis descriptio.* L. 17. ff. t. 2. pro socio. II. *Personæ contrahentes.* III. *Alia societas est rei certæ; alia universorum bonorum.* IV. *Forma societatis.* V. *Obligatio mutua sociorum.* VI. *Actio pro socio.* VII. *Dissolvitur societas ratione vel rerum, vel personarum.* VIII. *Socius gaudet beneficio competentiæ, acquirit sociis, eosque obligat.*

I. Societas est contractus de re ^u^ aut opera conferenda, ut lucrum & damnum, inde veniens, sit inter conferentes commune.

II. Inire possunt hunc contractum, qui consentire queunt, & qui bonorum suorum administrationem habent. vid. Felicus *tr. de societ. c.* 3. *& seqq.*

III. Alia societas est universorum bonorum ^x^; alia certæ alicujus negotiatio-

tur hic contractus, quæ olim in Emphyteusin non dabantur.

*t*) Accedit idem ille probationis solum gratia, & ad formam negotii non pertinet. Sæpissime etiam vocatur *ein Lehn-Brief*, ipsaque emphyteusis *ein Lehn*. Quod si fit, indoli tamen Emphyteuseos nil detrahit, cum vox *Lehn* tam late pateat, ut de quacunque concessione vel collatione alicujus juris, in qua sibi concedens aliquod jus eminens reservavit, accipienda, & ideo in dijudicandis negotiis, quæ hac voce nominantur, non ad nomen, sed ad id respiciendum sit, quod inter partes actum est Leyser. *Spec. CII. med. V. sq*

*u*) Et quidem honesta. Rerum enim inhonestarum nulla est societas *L. LIII. L. LVII. D. pro soc.* Non tamen omni effectu destituitur. Sed uterque contrahentium se non solum obligat ad pœnam, verum etiam illi, qui ex hac societate læsus est, in solidum obligatur *L. XLIV.* §. *I. de ædilit. Edict. L. XI.* §. *II. ad L. Aquil.* Leyser. *Spec. CLXXXVII. med. I.*

*x*) Quae ejus naturæ est, I) ut statim omnia communicata videantur *ipso jure* absque traditione vera *L. I. in fin. L. II. pro socio.* Si scilicet tempore contractus adsunt. Ea enim, quæ postea socius acquirit, communicanda nihilofecius & inferenda sunt. Sigillatim excepta sunt nomina & actiones, uni socio competentes. Nam, has prævia cessione communicandas esse, clare disponitur in *L. III. D. Eod.* quamvis hic non præcise opus sit verbis & instrumentis, sed facta etiam sufficiant & conjecturæ, ex quibus voluntas cedentis & acceptatio socii apparet, siquidem nec hoc juri repugnat, cessionem tacite fieri Lenz, *de nomin. & action. cess. cap. V. n.* 7. II) Quicquid obvenit socio, sive ex titulo oneroso sive lucrativo, commune fit, imo &, si velit socius, tur-

nis *); alia rei singularis. *l. 5. pr. ff. pro soc. pr. I. de societ.* Universorum bonorum iterum alia est tam præsentium, quam futurorum, de qua in §. 4. *I. d. t. l. 3. §. 1. ff. eod.* alia præsentium tantum, qualis in dubio intelligitur. *l. 7. 8. 9. ff. pro soc.* Differunt, quod hæc tantum contineat, quæ in quæstu sunt, & ex ipsa societate proveniunt, nec adventitia lucra comprehendat. *d. l. 7. seqq. ff. pro soc. l. 67. §. si unus. 1. ff. eod.* vid. ANTON. FABER. *ad C. L. 7. t. 1. d. 29. n. 3.* CARPZOV. *p. 3. C. 15. d. 45. n. 3.* illa vero omnia, undecunque & ex quacunque causa alteri sociorum obveniant, communicanda includat. *d. l. 3. §. 1. l. 73. ff. pro soc.*

IV. FORMA hujus contractus in genere consistit in consensu *) de re & opera conferenda, lucri & quæstus causa. *l. 32. l. 71. ff. pro soc.* Exprimitur iste consensus vel expressis verbis, *l. 4. pr. d. t.* vel ipsa rerum collatione ex proposito ineundi societatem. *d. l. 4. pr. l. 44. ff. pro soc.*

V. ORITUR hinc obligatio mutua sociorum, utrinque directa & principalis, 1.) ad conferenda bona, & operam promissam adhibendam 2.) in administratione bonorum collatorum: quo etiam pertinet, quod socius socio teneatur ad inventarii confectionem, & quod damna, dolo aut culpa data, præstare debeat. Sufficit tamen, talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet, & qui parum diligentem socium sibi assumsit, de se queri, sibique hoc imputare debet §. *ult. I de societ.* at casum fortuitum socius non præstat. *l. 52. §. 3. ff. pro soc* Præterea impensas socius socio tenetur restituere *) *l. 38. §. 1. ff. pro soc.* Denique 3.) obstringitur socius socio ad lucrum communicandum, vel ad damnum participandum *l. 29. §. fin.*

pe lucrum *L. XV. pro soc.* III) omnes expensæ, cujuscunque generis sunt, communi nomine fiunt, imo & debita socius cum socio communicat, modo post societatem initam constata sint. Nec tamen IV) unus alteri rationes reddit. Sed forsan exempla hujusmodi societatis frequenter non occurrunt. Genuinum tamen exemplum adest iis in provinciis, in quibus plena inter conjuges bonorum communio valet. Hanc enim ex regulis societatis dijudicandam esse, recte monet LEYSER. *Spec. CLXXXIV. med VII. sq.*

*y*) VERUM societas negotiatoria, de qua in hoc titulo sermo est, rectius dividitur in universalem & particularem. Illa afficit bona omnia, quæ ex quæstu veniunt, & sic etiam ea solum inde erogantur, quæ ad quæstum spectant *L. VII. D. pro soc.* Hæc vero certam negotiationem respicit. Utraque vero a collatione demum incipit, & , ut uterque socius re ipsa aliquid conferat, sive rem, sive operam, requirit. Quæ enim societas eo effectu initur, ut &, qui nihil confert, lucri particeps fiat, donatio magis, quam societas est. Sic vero socius, qua socius, antequam partem suam infert, de lucro non participat. *L. II. C. pro socio.* Quamvis enim societas consensu iniri dicatur, id tamen ad eum solum effectum fit, ut actio nascatur ad implendam & perficiendam societatem per collationem. Ut vero ipsa societas adsit, & actio pro socio locum habeat, traditio rerum æque ac in emtione venditione requiritur.

*z*) EOQUE nomine merito distinguenda venit a societate communio bonorum, in quam casu incidimus Hæc enim per se societatem non introducit *L. XXXII. D. pro soc.* quamvis, si consensus postea ea intentione accesserit, ut res communis maneat, in societatem degeneret, *L. LII. § VI. Eod.* Cæterum perinde est, sive expresse, sive tacite & ipso facto, per collationem ineatur societas, si a communiore omnium bonorum discesseris, quæ præcise expresso consensu ineunda est. *L. III. §. I. L. IV. Eod.*

*a*) GENERATIM, quicquid socio abest occasione societatis, id reliqui socii ferre debent pro parte. Sic & damnum, quod perpessus est socius societatis causa peregre absens citra culpam suam, reliqui resarcire, eoque nomine de curatione vulneris, de salario medicis & chirurgis soluto, de rebus furto socio subreptis respondere debent.

*ff. pro soc.* Sunt vero partes lucri & damni vel speciali conventione expressæ; & hæ servandæ sunt *l.* 29. *pr. ff. pro soc.* §. 1. *I. eod.* add. FELICIUS *d. tr. de societ. c.* 17. *n.* 13. *seqq.* vel non sunt expressæ; & tunc secundum proportionem Geometricam, nimirum sortis ratione & operæ illatæ, fit divisio lucri [b]: & similis proportio etiam observatur in damni partitione. vid. HARTMAN. PISTOR. *l.* 3. *q.* 11. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 30. *d.* 38. *n.* 4. MEVIUS *ad jus Lubec. l.* 3. *t.* 9. *a.* 1. *n.* 5. 6. & 7. vid. hac de re uberius EXERC. NOSTR. *ad Pand. XXII. thes.* 30. & *seqq.*

VI. AD obtinendum, quod ex hac obligatione debetur, datur actio pro socio, qua nimirum socius contra socium agit, ut res communicentur, similiter ut lucrum communicetur, & rationes reddantur [c], *l.* 73. & 74 *l.* 65. §. *pen. l.* 43. *l.* 32. *ff. pro soc.* ut & post finitam societatem datur judicium communi dividundo. *l.* 1. *ff. commun. divid.*

VII. DISSOLVITUR societas vel ratione rerum, vel personarum. Ratione rerum societas quidem particularis finitur negotio isto finito, cujus gratia societas contracta, §. 6. *I. de societ.* similiter & societas universalis, si bona amittantur. §. 7. *I. eod.* Ratione personarum finitur 1.) morte socii, saltem unius, neque enim societas in heredes transit *l.* 4. §. 1. *l.* 35. *l.* 52. §. 9. *ff pro soc.* etiamsi ita convenerit [d]. *l.* 59. *pr. h. t.* 2.) pœnitentia, & quidem vel mutuo dissensu, *l.* 64. *h. t.* vel unius renunciatione invito altero [e]. §. 4. *I. de societ. l.* 4. §. 1. *ff. eod.* quæ tamen renunciatio tempestive & re integra fieri debet. *d.* §. 4. *Inst. de societ. l.* 65. §. 4. 5. & 6. *ff. pro socio.*

*b*) GENERATIM ea est natura societatis, ut uterque conferat, & uterque de lucro & damno participet. Et quamvis pacto id ipsum mutari possit, ut uterque conferat, non tamen admittitur pactum, ut alter lucrum solus habeat, alter damnum solus ferat. *L. XXIX* § *II. pro socio.* Divisio ipsius lucri, si de partibus nil dixerint contrahentes, proportionata esse debet, ut ratio maxime habeatur ejus, quod collatum est. Ut sic, qui plus minusve contulit, plus quoque minusve de emolumento & damno participet. Præterea & eo respiciendum, an societas de sorte simul, ut communis fiat, an de utilitate solum, quæ ex sorte provenit, inita sit. Ibi enim & sors & damnum, quod in sorte contingit, commune fit. Hic damnum sentit in sorte proprietarius, & lucrum tamen commune est. *L. LII.* §. *II. L. LVIII. pro socio.* Sic utique id, quod actum est inter partes, considerandum venit *L. XXXIV. de Regul. jur.*

*c*) QUAE tamen adeo exactam probationem non desiderant, sed multa fidei & jurijurando ejus, qui administravit, relinquuntur, quia jus quasi fraternitatis inter socios viget *L. LXIII. pr. pro socio.* nisi impensæ majores sint. LEYSER. *Spec. CLXXXIV. med. IX. sqq.* Cæterum actio pro socio unice eo tendit, ut socii invicem communicent, quod sibi invicem debent ex natura societatis, non vero societatem dissolvit *L. LXV.* §. *VI. pro soc.* Sed eo nomine communi dividundo agendum est, *L. I. D Commun. divid.* Gaudent tamen socii beneficio competentiæ, qualiscunque societas sit. Qui enim ad *L. XVI. de re judicata* provocant, ut hoc beneficium ad socium universalem restringant, illos *L. XXII.* §. *I.* & *L.* LXIII. *Eod.* docere poterat, priorem legem esse corruptam, cum probabile vix sit, ipsum Ulpianum, ex cujus libris *L.* XVI. desumta est, & principii Jurisprudentiæ Romanæ, quod societas jus fraternitatis in se habeat, & propriæ suæ sententiæ in *d. L.* LXIII. adeo immemorem fuisse, ut in contrarium iret iterum sententiam add. NOODT. *ad tit. D. pro socio.*

*d*) ADMITTIT tamen societas vectigalium tale pactum, quod heredes obligat ad societatem continuandam, *L.* LIX. *pr. pro soc.* modo ipsi habiles sint, ad eandem operam præstandam, quæ in defuncto electa erat. Quamvis vero heres non debeat manere in societate, actio tamen pro socio in heredem datur, quia ex contractu est *L.* LXIII. §. VIII. *Eod.*

*e*) NULLA enim societas in æternum coitio est. *L.* LXX. *D. pro socio.* Ut vero societatis contractus ubique bonam fidem requirit, ita

VIII. CIRCA societatem adhuc notandum venit 1.) quod socius habeat beneficium competentiæ, h. e. quo non in solidum, sed in quantum facere potest, socio condemnetur. §. 38. *I. de action. l. 63. pr pro soc.* 2.) quod socii sibi invicem acquirant, & obligent sibi alios. *vid. l. 9. C. si cert. pet.* FELIC. *d. tr. c. 30. n. 40.* 3.) quod ex contractu unius socii cæteri quoque obligentur, si nimirum secundum formam societatis initæ contraxerit. *l. 27. & 82. ff. pro soc.* competit tamen ipsis beneficium divisionis. Diss. CARPZ. *p. 2. c. 17. d. 12.* add. MEVIUS *ad jus Lubec. l. 3. t. 9. aph. 6. n. 4.* f

ADD. *Lib. 3. Inst. t. 26. de societ.*

# TITULUS XV. DE MANDATO.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Mandati definitio.* L. 17. ff. 1. 1. mand. vel contra. II. *Personæ contrahentes.* III. *Negotia, quæ committuntur.* IV. *Mandatum generale aliud est sine libera, aliud cum libera.* V. *Rei turpis mandatum est nullum.* VI. *Forma mandati.* VII. *Differentia mandati a consilio.* VIII. *Obligatio principalis mandatarii.* IX. *Actio mandati directa.* X. *Obligatio secundaria mandantis.* XI. *Actio mandati contraria.* XII. *Quomodo finiatur mandatum.*

I. MANDATUM est contractus, quo aliquid gerendum g commissum gratuito suscipitur. §. 11. *& ult. I. de mand. l. 1. §. 4. ff. mand.*

II. INEUNT hunc contractum mandans, & procurator seu mandatarius, fidem dans h de re mandata exequenda. *l. 7. l. 8. pr. l. 28. mand.*

III. COMMITTUNTUR negotia gerenda i seu facta. Est vero mandatum

sigillatim, qui dolose renunciat, ut lucrum speratum solus retineat, lucrum tamen communicare debet, nec tamen socii, ut & ipsi communicent, obligati sunt. *L.* LXV. §. III. *Eod.* Qui intempestive renunciat, ubi sociorum interest, ne societas dirimeretur, de interesse respondet. *d. L.* LXV. *Sic* & absenti socio facta renunciatio societatem solum respectu renunciantis, non ratione reliquorum, solvit *L.* XVII. §. I. *Eod.*

f) DE acquæstu per socium, & quatenus inde obligatio oritur, distingue casus. Socius, qui proprio nomine contrahit, reliquos neque obligat, neque actionem iis contra tertium acquirit. *L.* XIII. *C. si certum petatur.* Socius, qui nomine societatis contrahit, vel ejus utilitatem contrahendo gerit, reliquis acquirit, & eosdem obligat *L. IV. §. I. de Exerc. act. L.* LXXXII. *pro socio.* Socii, qui conjunctim & communi consensu contrahunt, pro rata acquirunt & obligantur *L. fin. §. I. de ædilit. Edict.* & sic etiam beneficium divisionis. quod in priori casu cessat, ipsis competit LAUTERBACH. *Diss. de obligat. sacior. quæ orit. ex contract. cum extran. init.* Socius denique, qui delinquit, reliquos non obligat, nisi vel hi ratihabuerint *arg. L. I. §.* XIV. *de vi & vi armat.* vel, ut id, quod ex maleficio quæsitum est, in societatis rationes conferretur, permiserint *L. LV. D. pro socio.*

g) ET quidem principaliter. Sunt enim & alia negotia, in quibus aliquid in utilitatem alterius geritur, sed secundario solum, cum alium plane ipsa conventio finem habeat principalem, v. c. in societate, in deposito. Quapropter, ut sciamus, qualis conventio subsit, ad initium negotii, & quid principaliter inter partes actum sit, respicere juvat *L.* VIII. *pr. L.* X. *§. IV. D. Mand.*

h) ET hic quidem adeo singularem & exuberantem fidem requirunt leges, ut, qui perfide agit, infamia notetur. Quod dubio procul inde est, quia plerumque amicis & necessariis ex singulari fiducia aliquid gerendum committitur, res vero sanctissimas, fidem & amicitiam fallere, turpissimum est *L. VI. §. V. D. de his, qui notant. infam.*

i) QUAE domini præsentiam non precise desiderant. Quare & hodie in criminalibus ex parte rei difficulter procurator admittitur. Et

aliud generale, quod ad omnes causas, omniaque negotia pertinet: vel speciale, quod ad certam causam datum est, *l. 1. §. 1. l 60. ff. de proc. l. 11. §. ult. ff. de pign. action.* Et sunt quædam, quæ per quodvis generale mandatum expediri non possunt [k], sed speciali opus habent mandato [l], veluti si agatur de adeunda hereditate, *l. 25. §. 5. ff. de acquir. her.* de in integrum restitutione minorum; *l. 25. §. 1. ff. de minor.* de vendendo & alienando; *l 63. ff. de proc.* de debiti remissione; *l. 12. & 13. ff. de pact.* de transigendo; *l. 60. ff. de proc. l. 7. C. de transact.* de juramenti præstatione. *l. 17. §. ult. ff. de jurejur.* vid. FABER. *ad C. l. 4. t. 1. d. 38. n. 1.* CARPZOV. *p. 1. c. 12. d. 12.* BERLICH. *p. 1. concl. 29. n. 24. & seqq.*

IV. MANDATUM generale iterum aliud est simplex, cum simpliciter demandata est omnium rerum administratio, *l. 60. & 63. ff. de proc.* aliud, quod vocant, cum libera [m], cum generaliter ad omnia negotia mandatum quis habet, inserta clausula hac, ut omnia possit agere liberrime, & quæcunque ipse dominus, si præsens esset. *l. 60. §. 5. ff. mand. l. 58. ff. de proc.*

V. CAETERUM rei turpis & prohibitæ mandatum nullum est, *l. 6. §. 3. ff. mand. §. 7. I. mand.* sed tam mandans, quem mandatarius, ad pœnam obligantur [n], si mandatum fuerit impletum *l. 5. C. de accusat. l. 15. §. 1. ff. ad L. Cornel. de Sicar. l 11. §. 3. ff. de injur. l. 169. de R. I.* nec mandatarius contra mandantem habet actionem [o]. *§. 7. I. mand.* GAIL. *2. O. 39. num. 15.* CLARUS *5. sent. §. fin. q. 89. & ibi* SICHARD. *in not.* CARPZOV. *p. 4. C. 14. d. 6.*

eadem ratione olim actus legitimi apud Romanos per procuratorem expediri non poterant *L. CXXIII. de Regul. Jur.*

*k)* GENERALI enim mandato, præter ea, quæ expressa sunt, id solum tacite inesse videtur, sine quo negotium commissum feliciter expediri nequit. Quod omnino rationis est, cum ille, qui vult finem, non possit & media velle. Eoque ipso, ut mandatarius adhibeat, etiamsi de iis nihil dixerit mandans, omnino necesse est. Nam & tacite præscriptos fines custodiri jubet *L. V. D. L. X. C. Mand.* Exempla vide in L. XXXIII. *§. V. L.* XXXIV. L. LXII. L. LXX. D. L. XVII. *C. & cap. penult. x^o. Eod.*

*l)* HUC in genere pertinent omnes actus, qui ingens præjudicium continent, summamque circumspectionem, ne noceant, prærequirunt. Quod maxime fit in negotiis judicialibus. Quam diversa tamen ratione Interpretes in definiendis ejusmodi negotiis, quæ speciale desiderant mandatum, dissentiant, late exponit GRIBNER. *peculi. Differt. de mandat. special.*

*m)* IBI igitur, restricta mandatarii potestas est ad ea, quæ ipsi expressa & tacite concessa sunt. Hic, mandatarium omnia ea facere posse, quæ ipse dominus, si præsens esset, facere posse & velle præsumi potest, ex L. LX. §. IV. *D. & a. V. de mandat. in 6to.* facile colligimus. Quod autem alii mandatum cum libera eo extendunt, ut & mandatarius eo instructus actus speciale mandatum desiderantes indistincte peragere possit, id admittere non possum. Nam certe tam insigne sæpius actui cohæret præjudicium, ut difficulter locum sibi vindicet præsumtio, dominum, si præsens fuisset, voluisse actum expedire. Quare in judicialibus minimum, si sigillatim actus præjudiciales sileat mandans in mandato, clausula cum libera non multum habebit ponderis. Conf. SUENDENDÖRFFER. *ad Fibig. cap.* II. §. VI. WERNHER. P. I. *Obs.* CCXVI.

*n)* NEC mandatum unquam excusat mandatarium vel pœnam ejus mitigat, quatenus mandatum est L. XI. §. III. de injur. *L. V. C. de accusat.* L. XXXVII. *pr. ad L. Aquil.* Quodsi vero mandatum ab eo proficiscitur, qui jubere potest, & sic jussum magis continet, pœna mitigari solet LEYSER. *Spec.* CLXIIX *med.* X. *sq.*

*o)* GENERATIM enim, ubi de conventione super re turpi inita sermo est, omnis inter contrahentes actio privata cessat, quamvis uterque & Reipublicæ & læsæ respondere debeat, etiamsi mandatarius fines mandati excesserit HERTIUS *Diss. de obligatione mandantis & mandatarii contemplatione tertii* §. XII. & XVIII. Quando

VI. FORMA mandati consistit in consensu mutuo [p] super negotio, quod quis gratis gerendum suo nomine committit, & alter ita commissum suscipit, *l.* 8. §. 1. *ff. de procur.* Mandare igitur est committere negotium aliquod gerendum, & quidem gratis seu ex officio & amicitia. *l.* 1. §. *ult. ff. mand.* admittitur tamen gratuitæ operæ voluntaria remuneratio [q]. *l.6. pr. mand.* suscipiturque mandatum principaliter solius mandantis contemplatione [r], quamvis non omnis utilitas, quæ ex suscepto negotio resultat, semper ad eum spectet. *l.* 2. *ff. mand.*

VII. DIFFERT mandatum a consilio in eo, quod, qui mandat, petit, rogat & urget, ut suscipiatur, quod mandatum est: qui vero consilium dat, arbitrio ejus, cui dat, rem permittit; neque, utrum fiat, nec ne, curat, aut ejus interest; quare nec ex eo obligatur [s], etiamsi non bene cesserit, modo non fraus subsit, aut promissio indemnitatis. *l.*47. *de R. I. l.* 2. §. *ult. ff. mand.* §. 6. *I. eod. l.* 2. *de proxen.*

VIII. PRINCIPALITER ex hoc contractu obligatur mandatarius seu procu-

vero cum mandatario Respublica vel læsus agit, atque de turpitudine ipsa adhuc dubitatur, mandatario id omnino concedendum videtur, ut mandantem eum in finem evocare possit, ut assistat, & turpitudinem depellat BERLICH. *P.*I. *Decis.* LXXV. *n.* 5. LEYSER. *Spec.* CLXXXIII. *med.* VI.

*p*) VEL expresso vel tacito. Nam & hoc sufficit, ex factis de consensu constare *L.* VI. §.II. *L.*XVIII. *D. L. VI. C. Mand.* Sic, qui sciens patitur, negotia geri, mandasse videtur. Perinde quoque ast, sive quis ab initio, sive ex postfacto consentiat, modo negotium nondum penitus absolutum sit *L.* LX. *de Regul. Jur.* Sed fingi etiam posse consensum, si ignorantis negotia geruntur, nec tamen mandatum in negotiorum gestionem degenerare, hoc ideo dubium videtur, quia sic nulla amplius inter mandatum & negotiorum gestionem intercederet differentia, quam tamen eo sollicitius servare debemus, quo certius est, mandatum plene obligare, negotiorum vero gestionem saltemus solum, quatenus negotia utiliter gesta sunt *L.* X. §. *I. de negot. gest.*

*q*) ET manet mandati natura salva, sive sponte offeratur, sive promissa sit antea, modo tamen indeterminate promissa sit. In utroque tamen casu, nisi pacto adjecto mandatum in alium conventionis speciem transformarunt partes, vid. *L.* VI. *pr. D. Mand.* honorarium in judicio peti nequit, judicisque auxilium cessat *L.* LVI. §. *pen. L.* XVII. *C. Eod.* Hodie tamen mandatum judiciale exceptum videtur, cum leges permittant, ut procurator judicialis, sive promissum sit honorarium, sive non, jus perfectum, illud ipsum exigendi, consequatur.

*r*) SIC certe, qui mandat, ut alteri pecuniam credas, non mandans est, sed intercessor, & ut fidejussor obligatur. Qui mandat, ut tertii negotia geras, te ipse non tui, sed illi, in cujus gratiam mandavit, actionem mandati acquirit LAUTERBACH. *Colleg. Theor. Pract. ad tit. Mandati* §. IV. Qui in tui ipsius gratiam mandat, ut hoc aliudve facias, non mandat, sed consilium suppeditat.

*s*) NAM, qui consilium dat, tui solum utilitatem respicit, ejusque cum nihil intersit, ut tu in effectum deduces, quod suasit, res omnis ex tuo arbitrio dependet, modo tamen, qui consulit, a fraude sit alienus *L.* XLVII. *D. Mand. c.* LXII. *de Regul. jur. in 6to.* peritiam artis non profiteatur, & consultus imprudens & imperitum consilium suppeditet. LAUTERBACH. *de Consil. P.* II. *cap.* I. §. VI. vel etiam crebris non utatur instigationibus. Idem juris est in commendatione *L.* XII. §. XII. *Mandat.* quod non obliget. Sed hoc etiam singulare, quod ne obliget quidem, etiamsi specialis sit, & commendans commendati qualitates quam maxime extollat, virumque bonum esse perhibeat *L. VII.* §. *X. de dolo malo.* Tum demum respondet commendans de commendatione, si dolus concurrat *L. VIII. de dolo malo,* DECIS. ELECT. SAX. *XLII.* si indemnitatem disertis verbis promisit STRYCK. *de pericul. petent. cap. I. n.* 51. *sq.* MEVIUS *P. VIII. Decis. CXX.* si denique quis alterum muneri publico admovendum commendat *L. II D. de fideiuss. & nomin. L. I. & II. C. de pericul. nomin.* Id quod etiam mercatores ad commendationes, ob fidem, novo mercatori faciendam, fa-

ratur:

rator: cujus officium consistit in eo, 1.) ut mandatum bona fide, ac diligenter[t] exequatur; *l.* 46. §. 4. *ff. de proc. l.* 10. *pr. ff. mand. l.* 22. §. *f. l.* 35. *l.* 60. §. *ult. eod.* & imprimis curet, ut ad præscriptum agat, nec mandati fines egrediatur. *l.* 5. *pr. eod.* nam si excesserit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur. *l.* 33. *ff. eod.* add. MEN. 2. *arbitr. Jud. quæst.* 352. *num.* 3. CARPZ. *p.* 2. *C.* 20. *d.* 11. & 12. quod tamen sano sensu[u] intelligendum est, ut ne fines mandati excessisse dicatur, qui ea fecit, quæ tacite ipsi mandato inerant, vel sine quibus illud exequi non poterat. *arg. l.* 56. & 62. *ff. de proc.* aut qui id fecit, quod æquipollet ei, quod in mandatis accepit, ut domini nihil intersit. *l. ult.* §. *ult. ff. mand.* Regulariter mandatum susceptum alteri demandari non potest, cum plerumque industria personæ eligatur: aliquando tamen hoc licet, cumprimis si clausula substitutionis mandato sit addita. Obligatur 2.) mandatarius, ut negotio peracto, quicquid per causam & occasionem mandati consecutus fuerit, id mandanti ex bona fide restituat. *l.* 20. *pr. l.* 10. §. 2. & 3. *l.* 45. *pr. l.* 8. §. 5. *ff. h. t.*

IX. AD persequendum id, quod ex hac obligatione debetur, datur actio mandati directa mandanti & ejus heredi, contra mandatarium, ejusque heredem, *l.* 8. §. 6. *ff. mand.* & condemnatus ex illa ob dolum, fit infamis. *l.* 1. *l.* 6. *§.* 5. *ff. de his, qui not. infam.* Quodsi plures mandatum in se susceperint, singuli in solidum tenentur: ille vero prius convenitur, qui gessit.

X. SECUNDARIO & contrario modo obligatur mandans mandatario, ut, finito mandato, indemnem servet mandatarium, eique restituat, quicquid illi per causam mandati abest. *l.* 10. § 9. *l.* 12. §. 7. *l.* 27. §. *pen. ff. mand.*

XI. INDE datur actio contraria, qua mandatarius experitur contra mandantem, ut ipsum indemnem præstet, v. gr. impensas restituat. *dd. text.*

XII. FINITUR aut solvitur mandatum 1.) contrario consensu mutuo. §. *ult.*

ctas applicant BÖHMER. *Jur. Dig. tit. Mand.* §. *XI.*

t) NEGLIGENTIAM itaque & dolum præstat. Et eum, qui perfide agit, infamiam contrahere, notissimi juris est, quod & dubio procul ad eum casum applicandum est, quando in negotio commisso suam magis, quam mandantis utilitatem, respicit, multo magis, quando pecuniam sibi concreditam in proprios usus convertit, quo in casu præterea ad usuras maximas obligatur *L. XXXVIII. de negot. gest.* Sed quem negligentiæ gradum præstet, inter Doctores non convenit. Si ex regulis de præstatione culparum supra suppeditatis res esset conficienda, latam deberet præstare culpam. Sed exuberantia fidei, quæ in mandati contractu acquiritur, majorem diligentiæ gradum requirit. Non tamen diligentiam exactissimam, sed sufficit, mandatarium officia boni & providi Patrisfamilias explere. Nam quod dicitur in *L. XIII. C. Mandati*, omnem culpam esse præstandam, id pro substrata materia & secundum naturam contractus explicandum est.

u) QUAMVIS enim *L. X. C. de procur. L. XXVII. D. Eod.* disponat, eum, qui fines excedit, nullum domino præjudicium facere, id ipsum tamen ex æquitate & præsumta voluntate temperandum est. Adest præsumta voluntas, ut mandatarius ea facere possit, sine quibus scopum commode obtinere nequit, etiamsi certa media mandans præscripserit, *L. ult.* §. *fin. D. Mandat.* modo æquipollens licitum sit. Jubet æquitas, ut tertio, qui bona fide cum mandatario, fines excedente, negotium gessit, succurramus primo, quando mandatarius egit contra voluntatem, sibi soli significatam, HERTIUS *de obligat. mandant. & mandat. contempl. tertii* §. *XI.* siquidem mandatum per secretam instructionem restringi nequit LEYSER. *Spec. CLXXVIII. med. V.* Aequum est, ut & tum tertio mandans obligetur, si, quod a mandatario gestum, fines mandati excedit, in utilitatem tamen mandantis vergit *L. XLIV. Mandat. LXII. sqq. de procurator.*

*l. quib. mod. toll. obl.* 2.) tempestiva mandatarii renunciatione [x], h. e. si ita renuncietur, ut mandatori eandem rem per alios exsequendi causa sit integra. *l. 22. §. ult. ff. mand.* aut aliqua justa causa intervenerit, ut renunciare tempestive non potuerit: ut sunt adversa valetudo, vis hostium, capitales inimicitiæ. *l. 23. 24. 25. 27. §. 2. seqq. ff. mand.* 3.) contramandato, ut vocant, i. e. ipsius mandantis revocatione. *l. 12. §. pen. l. 15 ff. mand.* cum enim solius mandantis gratia mandatum suscipiatur, is hoc quandocunque revocare potest, modo id fiat re integra. *§ 9. de I. mand.* aut mandatarius indemnis servetur, *l. 15. ff. mand.* 4.) morte alterutrius §. 10. *I. d. t. l. 26. pr. l. 27. §. 3. l. 57. ff. mand. l. 15. C. eod.* sic ut post mandantis mortem nec ipse procurator teneatur exsequi mandatum, nec heredes mandatoris obligentur ratione ejus, quod a defuncto mandatum erat, & post mortem ejus impletum [y] *l. 26. pr. l. 34. §. f. ff. mand.* si tamen per ignorantiam impletum est, actio utilitatis, seu æquitatis causa competit. *d. l. 26. pr. §. 10. I. h. t.* Similiter nec mandatarii heredes post ejus mortem mandatum exequi tenentur, eo quod ipse tantum personam ex amicitiæ & officii ratione, non etiam heredes suos post mortem obstrinxisse, ejusque solius industriam & fidem mandato spectasse intelligatur [z]. *l. 57 ff. mandat.* ADD. *L. 3. T. 27. I. de mandato.*

## TITULUS XVI. DE CONTRACTU CHIROGRAPHARIO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Contractus chirographarii descriptio.* II *Personæ contrahentes.* III *Res, de qua contractus initur.* IV. *Forma.* V. *Obligatio inde veniens & actio.* VI. *Competit vero debitori exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium.* VII. *Chirographum habet paratam executionem.* VIII. *Chirographis opponuntur apochæ*

I. CONTRACTUS, qui literis initur, seu chirographarius, est, quo quis scriptura obligatur ad rem fungibilem solvendam ei, cui quis illam se debere, & accepisse scripsit. *tot. tit. I. de liter. obl.*

II. INEUNT hunc contractum creditor ac debitor, qui vel pecunia v. gr. ve-

x) PERMITTITUR itaque, ut alter altero invito a contractu recedere, & contrariam voluntatem declarare possit, eo effectu, ut, si mulac contrariam hanc voluntatem alter plene rescivit, omnis obligatio ejus intuitu, quod postea gestum est, cesset. Prius enim, quam ad notitiam alterius pervenit contraria voluntas, in justa versatur ignorantia, quæ nocere non potest. Sic vero dubium non est, quin & mandans de iis, quæ ante revocationem plenariam gesta, & mandatarius de iis, quæ ante renunciationem plene significatam omissa sunt, respondere *L. XV. D. Mand cap. XXXIII. de Rescript.* LEYSER. *Spec. CLXXX. med. IV.* præterea, quia bona fides in mandato ubique requiritur, si intempestive contraria voluntas declaratur, alter alteri indemnitatem & interesse præstare debeat. *L XII. §. penult. D. Mand. L. XXVII. §. II Eod.*

y) MODO mandatum non fuerit in heredes directum, vel negotium ita comparatum sit, ut demum post mortem mandantis adimpleri debeat *L. XII. §. XVII. L XVIII. §. II. de donat. mort. caus.*

z) TENENTUR tamen heredes, ut a defuncto inchoata perficiant, si idonei sint *L. XI. pr. D. de fidejuss.* Quamvis vero sic appareat, morte alterutrius cessare mandatum, id tamen de continuatione mandati solum accipiendum est. Ex iis enim, quæ antea sunt gesta, obligatio ad heredes omnino transit.

re numerata, vel saltim spe numerandæ, cautionem scripsit, & creditori tradidit. *dd. text.*

III. CELEBRATUR hic contractus, perinde ut mutuum, super rebus fungibilibus *d. t. J. de lit. obl. & tot. tit. C. de non num. pecun.*

IV. FORMA consistit in eo, ut quis scripto, alteri mutuo consensu tradito, confessus sit [a], se ab illo certam quantitatem accepisse, *d. tit. I. de lit. obl. verb. scriptura obligetur. &* §. *ult. I. de obl.*

V. OBLIGATIO igitur ex ista scriptura, quæ chirographum dicitur, consistit in eo, ut quis debeat reddere in eodem genere ac bonitate pecuniam, aliamve rem fungibilem, quam se accepisse literis expressit. *dd text.* & datur inde condictio certi, seu ex chirographo. *d. tit. I. verb. nascatur condictio.*

VI. COMPETIT tamen debitori intra biennium [b] exceptio non numeratæ pecuniæ: & tunc onus probandæ numerationis creditori incumbit. *l. 3. C. de non num. pecun. l. 10. l. 14. eod.* post biennium autem confitentem chirographum obligat, adeo ut non amplius quæratur, an numeratum sit, sed ita scriptum esse sufficiat: nisi ipse debitor, numeratam non esse pecuniam, probare velit, quæ probatio etiam post biennium admittitur [c]. add. REBUF. *ad Constit. Reg in proœmio. gloss. 5. num. 58. & de chirographo*

a) CONTRACTUS chirographarii forma diversis temporibus alia atque alia fuit. Olim ex ipsa scriptura obligatio nascebatur. Postea non ex scriptura per se, sed lapsu temporis munita. Olim scriptura solennitatis causa adhibebatur, postea probationis gratia. Olim non erat contractus specialis, sed modus generalis, quævis promissa confirmandi. Postea in mutuo solum & dotis promissione locum sibi vindicabat. Utque demum antiqua hujus contractus ratio ignota non maneat, paucis nota, eum ad negotia, verbis solemnibus in scripturam redactis perficienda, Romanis propria, pertinuisse. Erat enim contractus, quo quis solenni stipulatione, in scripturam solemnem redacta, se obligabat ad dandum vel faciendum id, quod jam ex alis causa, cujus mentio simul in ipsa scriptura erat injicienda, debebat. Et hæc est scripturæ illius proprietas, cujus meminit *L. VI. D. de obligat. & action.* Fiebat itaque novationis causa, & eo fine, ut, quicquid alter deberet, nunc ex scriptura solenni præcise præstare deberet, nec ulla ipsi competeret exceptio, ipsaque etiam exceptio non numeratæ pecuniæ excluderetur, cui solemnis confessio scripta, quod quis deberet, quodque pecuniam accepisset, obstaret HEINECCIUS *Antiquit. Rom. tit. de liter. obligat.* Verum hæc solennitas, & scriptura, quæ nominibus fieri dicebatur, jam tempore Justiniani ab usu recesserat. *pr. I. de litter. obligat.* Permiserunt autem postea Romanorum legislatores, ut in negotiis mutui & dotis, probationis gratia, scriptura accedere posset, cumque ea per se efficaciam non haberet, *L. XXV.* §. *fin. de probat.* sed, ut in aliis contractibus in scripturam redactis fieri solebat, præsumtionem solum operaretur veritatis, *L. XIV. C. de contrah. stipulat.* salva probatione in contrarium, jusserunt denique, ut, si accessisset negotiis memoratis, per accidens plene & efficaciter obligaret, si quis confessus esset, se pecuniam accepisse, & tamen intra biennium de pecunia non numerata non esset conquestus, *tot. tit. C. de non numer. pec. L. fin. C. de dote caut. non numer.* Authent. *cum habes C. Eod.* E contrario vero efficaciam huic scripturæ, biennio nondum elapso, eatenus denegarunt, ut ne præsumtionem quidem pecuniæ numeratæ operaretur, sed creditor numerationem factam esse, potius probare deberet *L. III. & X. C. de non numer pecun.* etiamsi vel maxime debitor in ipso instrumento exceptioni non numeratæ pecuniæ renunciasset STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VII.* §. *X. seqq* modo non intra biennium debitum agnovisset *L. II. & IV. C. Eod.*

b) PAULO aliter se res habet in dote cauta non numerata. Nam ex AUTHENT. *si habes. C. de dos. caut.* constat, matrimonio intra biennium soluto, exceptionem annalem, post biennium, intra decennium tamen, soluto, trimestrem, postea nullius momenti esse.

*art.* 2. *num.* 68. GUDELIN. *de jur. noviss. l.* 3. *c.* 6. *in f.* JOHAN. A SANDE *l.* 1. *defin. Fris. tit.* 8. *d.* 3. CARPZOV. *p.* 1. *c.* 8. *d.* 17. *&* *c.* 31. *d.* 65.

VII. EJUSMODI chirographum in judicio productum aut recognoscendum, aut jurato diffitendum est, & paratam habet executionem [d]: nec contra illud alia exceptio, nisi ista, quam jam diximus non numeratæ pecuniæ; item solutionis; compensationis; novationis; pacti de non petendo; transactionis, aut etiam simulationis, admittitur: & quidem hæ exceptiones in continenti probari debent. ARGENT. *ad Consit. Britann. art.* 173. *g.* 1. *in f.* IMBERTUS *instit. forens. l.* 1. *c.* 35. *in verb. tradendi.* SANDE *d. loc. def.* 3. *in m.* MATTH. COLERUS *de proc. Exec. p.* 4. *c.* 2. *num.* 17. BERLICH. *p.* 1. *concl.* 84. *num.* 79. CARPZ. *l.* 2. *Resp.* 91.

VIII. CAUTIONIBUS seu chirographis opponuntur apochæ seu securitates, *Quittungen*, quibus quis solutionem debiti fatetur. His itidem potest opponi exceptio non numeratæ pecuniæ intra 30. dies; post quorum lapsum non amplius quis admittitur, licet, sibi non esse solutam pecuniam, probare velit. *l.* 14. *§.* 1. *&* 2. *C. de non num. pec.* CARPZ. *l.* 2. *Resp.* 90. *n.* 12. *&* 13.

ADD. *Lib.* 3. *Tit.* 22. *I. de literarum obligationibus.*

## TITULUS XVII. DE CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Contractuum innominatorum descriptio.* II. *Distributio.* III. *Contractus æstimatorii descriptio.* L. 19. ff. t. 3. De æstimatoria. IV. *Actio æstimatoria.* V. *Contractus do ut des descriptio.* L. 19. ff. t. 4. De rerum permutat. VI. *Quo etiam pertinet cambium.* VII. *Contractus do ut facias descriptio.* VIII. *Hujus differentia a loc. cond.* IX. *Spectat huc suffragium.* X. *Refer-*

c) DE quo tamen, si ipsam formam contractus chirographarii supra expositam respicio, vehementer dubito. Et sigillatim ipse Justinianus in *pr. J. de liter. obligat.* ita subducit rationes, ut facile appareat, post biennium exceptionem N. N. P. simpliciter cessare debere. Nec est, quod distinguas hanc exceptionem, qua privilegiatam, ab eadem ipsa, qua non privilegiata. Hæc enim forma contractus est, ut plene & efficaciter obliget elapso biennio, præsertim, cum culpæ reus sit debitor, qui intra biennium non conqueritur, & sic damnum, quod sua culpa contrahit, non sentiat add. ZOESIUM *Differt. de except. non numer. pecun.* Conf. *L.* XIV. *§. III. C. de non numer. pecun.* NOVELL. CXXXVI. *cap. VI.* Nec fundatam, credo, opinionem Doctorum, qui, exceptionem doli post biennium urgeri posse, docent. Quamvis enim perpetua dicatur in *L. V. §. ult. D. de dol. mal. & met. exception.* ratio tamen perpetuitatis, quatenus doli exceptio cum exceptione non numeratæ pecuniæ concurrit, cessat, quia in potestate rei est, utrum conventionem ex chirographo expectare velit WERNHER. *P. IV. Obs. XLVI.* Cæterum, ut cum effectu creditor debitoris exceptiones, contra chirographum excludat, caveat, ne causa debendi in scriptura omittatur. Quia enim literarum obligatio ad mutuum solum & dotem spectat, nisi hujus mentio fiat, debitor, ne exceptione deficientis causæ debendi utatur, vix impeditur STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap VII. § IV.*

d) HIC peculiaris effectus est chirographi, quem mores Saxonum, imo & RECESS. IMPER. *de anno* 1654. *§. CLXXIV.* approbant, ut processui executivo locum faciat, ejusque, qui manum suam agnoscit, exceptiones altioris indaginis, in reconventionem vel in separatum processum rejiciat, modo tamen ipsum chirographum iis requisitis instructum sit, quæ processum executivum producunt. Sic sigillatim hic processus locum non habet, quando causa debendi in chirographo deest. Qua de re suo loco.

*tur huc etiam assecuratio.* XI. *Concessio salinarum.* XII. *Contractus facio ut des descriptio.* XIII. *Contractus facio ut facias descriptio.* XIV. *Ex contractibus innominatis datur actio P. V.* L. 9. ff. t. 5. de præscr. verb. & in factum act. XV. *In contractibus innominatis locus est pœnitentiæ.*

I. Cum ob varietatem negotiorum non possint omnes contractus certis includi cancellis; ideo contractus quidam relicti sunt innominati, seu adeo certis limitibus non definiti, habentes tamen in se negotium aliquod civile [e]. *l. 1. pr. l. 3. ff. de P. V. l. 1. §. 2. ff. de rer. perm. l. 1. pr. ff. de æstim. action.*

II. Non autem possunt quædam negotia contractibus nominatis accenseri, vel quod incertum [f] ac dubium sit, quis contractus sit celebratus. *vid. d. l. 1. pr. de æstim. act.* vel quod varium subsit negotium, quod uti conventum & gestum est, narratur, vid. *l. 1. & l. 22. ff. de P. V.* Prioris generis sunt exempla contractuum in *l. 10. l. 17. §. 2. l. 23. de P. V.* & in specie contractus æstimatorius *d. l. 1. ff. de æstim. act.* Posterioris vero generis sunt contractus do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias [g].

III. Contractus æstimatorius est, quo alicui certa res, præfinito certo pretio, vendenda traditur, ea lege, ut ea vendita pretium restituatur, vel, si non sit vendita, res incorrupta reddatur [h], vid. Carpz. 1. *Respons.* 106.

e) Jam alibi diximus, originetenus contractus innominatos Romanis pacta nuda fuisse, nec per se obligationem produxisse, nisi ex altera parte implementum jam accessisset. Tum enim obligatio non quidem ex consensu, sed ex ipsa datione vel facto oriebatur, respectu ejus, qui implevisset. Penes hunc enim stabat, utrum pœnitere & implementum revocare, an contra alterum experiri vellet *L. V pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* quamvis per se pateat, hanc electionem locum solum habere potuisse, ubi quis dederat. Sin fecerat, vel ideo, quia factum infectum fieri non poterat, revocatio cessabat, & simpliciter ad dandum vel faciendum actio parata erat. *L. IX. D. præscripr. verb.* Sed omnis hæc observatio hodie usum non habet in foro, cum consensu semel rite & legitime interposito, pœnitentia omnis sit exclusa Schilter. *Exerc. XXXII. th. XI.* Stryck. *Cautel. Contr. Sect. III. cap. V. §. IV.*

f) Contractus nominati, ut diximus alibi, illi erant, qui non nomen solum speciale, sed & causam habebant, & actionem sui nominis producebant. Non itaque nomen simplex contractum nominatum efficiebat, sed tum, si actionem peculiarem, cui certa formula jam esset præscripta, produceret. Quæ cum ita sint, ob eundem defectum formulæ Romani non eos solum contractus, qui plane nullum speciale nomen recipiebant, sed & eos, qui nomen habebant speciale, sed actionem sui nominis non producebant, contractibus innominatis annumerarunt.

g) Hi itaque nomen solum circumscriptitium habent, & dividuntur in simplices & compositos. Fieri enim potest, ut quis det, ut alter det & faciat simul, ut quis faciat & det, ut alter tantum faciat vel det. Cæterum gravis inter Doctores est controversia, utrum, si alter ex parte sua implevit contractum, alter præcise ad dandum vel faciendum conveniri possit, vel huic potius integrum sit, an se per præstationem interesse liberare velit. Plures ita rem conficiunt, ut diversam dandi & faciendi obligationem statuant, & ad faciendum aliquem præcise compelli posse negent. Sed errant, & quæstionem consilii cum quæstione juris confundunt. Certe naturæ pactorum non convenit, ut penes promittentem sit electio, quid præstare velit, sed præstare potius debet, quod in contractum est deductum. Nec enim creditori invito aliud pro alio obtrudi potest. Eligat itaque creditor, & dispiciat, an principalis obligatio possit in effectum deduci, &, si possit, an expediat adhuc, ei inhærere, nec plus utilitatis ex obligatione subsidiaria ad interesse in eum redundet. Conf. Thomasii *D. ss. an promissor facti liberetur, præstando id, quod interest.*

h) Inde satis apparet, hunc contractum ex emtione, mandato & locatione mixtum esse, & ab omnibus tamen differre. Nam accipiens neque simpliciter tenetur ad pretium, nec alie-

IV. DATUR ex hoc contractu actio præscriptis verbis, quæ in specie æstimatoria dicitur, *rub. & l.1. pr. ff. de æstim. act.* §.28. *I. de act.* & competit ei, qui rem æstimatam vendendam dedit, contra eum, qui accepit, ad hoc, ut ipsa res reddatur, vel ejus æstimatio præstetur.

V. CONTRACTUS do ut des, seu permutatio [i], est, quo certa res vel species, pro alia certa re vel specie, in alium transfertur. *l.1. ff. de rer. perm. l.1. §.1. ff. de contr. emt.*

VI. EST & singularis permutationis genus, quod in pecunia numerata consistit, & cambium dici solet [k], (*ein Wechsel*) quo nimirum ita permutatur pecunia, ut pro pecunia alio certo loco æquivalens, interveniente aliqua mercede, detur. vid JOHAN. MARTIN. VOGT. *tract. de camb* MARQUARD. *de jur. mercat. l.2. c.12.*

VII. CONTRACTUS do ut facias est, quo convenit ut, data certa re vicissim aliquid fieret, *l.5.§.2. de P. V.* RENNEM. *Jurispr. Romano Germ. m.3. D.28. per tot.*

VIII. DIFFERT hic contractus a locatione: quod in ista merces pro opera consistat in pecunia numerata, & non pro quolibet facto, sed pro eo, quod locari solet, præstetur.

IX. REFERRI huc solet contractus, cujus fit mentio [l] in *l. un. C. de suffrag.*

num plane, sed suum etiam agit negotium, nec simpliciter operam locat. Vocatur ipse contractus *der Trödel Contract*, & maxime viget in locis, ubi peculiare hoc vitæ genus profitentur homines, qui vicatim res circumferunt pro certa mercede vendendas. Primario tamen respiciendum est ad id, quid partes egerint. Contractus æstimatorii tamen natura ea est, ut, qui rem vendendam pro certa mercede suscipit, plenus ejusdem fiat dominus, ejusdemque periculum sustineat. *L.1.§.1. de æstimat.* BÖHMER. *Diss. de translat. domin. in contr. æstim.*

i) SIMPLICISSIMUM & antiquissimum hoc genus contractus est *L. 1. de contrah. emt. vend.* & dominii translationem involvit, neque ipsa ab emtione venditione non differt, imo in eandem ipsam degenerat, quando res non simpliciter, sed prævia æstimatione, permutantur. Distinctionem vero, qui permutationis & contractus do ut des, sibi fingunt, subtili admodum ratione permutationi proprium dicunt, ut species pro specie, contractui do ut des, ut genus pro specie detur, sed has aliasque ejusdem generis tricas explosit THOMAS. *ad Strauch. Diss. XVI. th. V.*

k) OMNE negotium cambiale commerciorum & negotiationis causa primo iuventum nostratibus ideo placuit, quia, cambio interveniente, commode pecuniam chartæ inscriptam, eodem modo, ac si nuntio vel aurigis concrederent, imo minori sumtu & periculo, de loco ad locum transferre possunt. Si quis enim alibi degens alibi locorum pecuniam exsolvi cupit, in loco, ubi degit, cum tertio contrahit, eumque obligat, ut solutionis peragendæ curam suscipiat, eoque nomine cautionem scriptam, certis requisitis, quæ cambium efficiunt, munitam, sibi exhiberi studet, in qua ille, qui in loco, ubi solutio facienda, eandem peragere debet, nominatus est. Hanc scripturam illi, cui solutio facienda est, mittit. Atque hic scripturam illi præsentat, qui in ea nominatus est, quo nunc solutionem faciat, & cambium reluat. Quatuor itaque hic adsunt personæ I) Trassans, qui solutionem alibi faciendam suscipit, II) Remittens, qui cambium accipit transmittendum, III) Præsentans, qui solutionem expectat, IV) Acceptans, qui solutionem facit. Ipsa solutio fit periculo trassantis, nec acceptans ad solutionem faciendam prius est obligatus, quam acceptavit cambium. Quod si nolit acceptare, quod facere potest, præsentans protestatione jus contra trassantem conservare debet. Reliqua ex ordinationibus cambialibus discenda sunt. Interim cambia paratam habent executionem in ipsam ejus personam, qui ad solutionem se obligavit. Quare non dubitarunt nostrates, quin ob insignem hanc utilitatem a debitoribus suis, ex quacunque causa deberent, cambium reciperent, eo fine, ut cum ea juxta rigorem cambialem, si debito tempore haud solveret, agere possent,

quo nimirum quid datur, ut negotium alicujus apud Principem commendetur, de quo legas TABOR. *tr. de suffrag.*

X. PERTINET huc etiam assecuratio [m], quæ est contractus, quo præmium datur, ut quis suscipiat periculum mercium, alio transvehendarum. add. GROT. *de jur. B. & P. l. 2. c. 12. n. 23.* MARQ. *d. tr. lib. 3. c. 13.*

XI. PRAETEREA contractibus innominatis accensetur quodammodo concessio salinarum, quæ fit Hallæ, cumprimis in salinis mensæ Archiepiscopali destinatis, sub præstatione certi quasi canonis, qui fere est æstimatio materiæ, ex qua sal coquitur, habita tamen quadam ratione impensarum; vulgo *üm die Ausläuffte*. vid. *Regiments-Ord. Ertsbischoff* ERNST. *de A.* 1479. *tit. dieweil gutes. & seqq.* HEIG. 1. *quæst.* 14. BESOLD. *th. pract.* voc. *Saltz-Pfann.* HOHNDORFF. *Saltzgraphius Hallensis. eleg. tract.* HEROLD. *tract. de jur. repræsent. & transpos. c. 5. concl.* 4. ELLENBERGER *in Disputat. de jure salinarum*, sub meo præsidio Jenæ habita.

XII. CONTRACTUS facio ut des est, quo convenit, ut, cum ego aliquid facerem, tu certam rem mihi dares, *l. 5. §. 3. ff. de P. V.*

XIII. DENIQUE contractus facio ut facias est, quo placuit, ut cum aliquid fecerim, vicissim etiam aliquid facias. *l. 5. §. 4. de P. V.*

XIV. Ex hisce contractibus innominatis datur actio præscriptis verbis [n], inde ita dicta, quod non constet certa formula, sed negotium disertis verbis, prout gestum erat, exprimatur: unde etiam actio civilis in factum dicitur. *l. 1. § 1. & 2. & l. 22.*

*l*) PERMITTIT itaque Lex allegata, ut in casu nominato efficax inter contrahentes oriatur obligatio. Præsupponitor tamen negotium, quod quis vi officii expedire non debebat, quodque leges pretio compensare non vetant. Qui enim pecuniam aliamve rem accipit, quo officium faciat, vel non faciat, ille delinquit, & in crimen repetundarum incidit. Sic etiam, qui Ecclesiasticum officium, pretio interveniente, emit, crimen Simoniæ committit.

*m*) QUI contractus æque ac contractus Bodmeriæ inter mercatores, qui negotiationem maritimam exercent, frequens est. Naturam prioris late exposuit HERTIUS *Diss. de Assecuratione*. Præmium, quod assecuratori pro suscepto mercium transvehendarum periculo constituitur, variat. Super ipso contractu confici solet instrumentum, quod vocatur *die Pollice*, cujus formulam vide apud STYPMANNUM *de jur. maritim. P. IV. cap. VII. n.* 425. Contractus vero Bodmeriæ is est, quando quis domino navis mutuum dat, ut illud cum fœnore convento restituat, si carina navis salva reversa sit. Recipit itaque creditor periculum, si navis pereat, ejusque intuitu sibi de modo usuras solitis majores stipulatur. Instrumentum, quod super contractu conficitur, vocatur *der Byll-Brief* Conf. BODINI *Dissert. de Bodmeria.*

*n*) QUAE ideo hoc nomen generale habebat, quia ob deficientem formulam, communem et specialem agendi, semper, ubi de contractu innominato quæstio incidebat, præscribenda & ad factum accommodanda erat. Quod materiam dedit Ciceroni, ut JCtos in foro ambulantes & litig iuris formulam agendi suppeditantes, verborum nominaret aucupes, formularumque & actionum præcones. Dici etiam consueverunt istæ actiones in factum HUBER. *ad tit. D. præscr. verb. §. III. & IV.* a quibus tamen in se spectatæ differunt. Nam actio in factum triplicem habet significationem. I) Tales dicuntur, quæ certo nomine demonstrari nequeunt, sed in factum ipsum & in id, quod actum est, concipiuntur, & hæ sunt ipsæ actiones præscriptis verbis. II) Ita nominantur actiones utiles, quæ ex verbis legum desumi non poterant, sed ex ejus ratione per interpretationem extensivam eliciebantur. III) Nomen illud commune est omnibus actionibus, quæ, ubi neque lex actionem suppeditaverit, neque ratio legis illationem permittebat, ex sola æquitate dependent, & in subsidium concessæ sunt.

*ff. de P. V.* Datur hæc actio ad hoc, ut contractus fides servetur, vel præstetur id, quod interest. *l.7. §.2. de pact. l.* 1. 2. 3. 5. §. 1. *& 5. l.7. l.8. l. ult. ff. de P. V.*

XV. CAETERUM antequam ab altera parte etiam contractui sit satis actum, potest is, qui a sua parte implevit contractum, pœnitere, & datum repetere. *l. 5. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec.* CARPZ. *p.2. C.* 33. *d.23. in f.* MARQUARD. *d. tr. l.2. c.12.* GROT. *Introd. in jus Belg. L.* 3. *c.6. in f.* a qua sententia recedunt GOMEZ. *var. resol. tom.2. c.8. n.3.* MANTICA. *de tacit. & ambig. convent. l.1. t.8. n.17. & seqq.* RUTG. RULAND. *Consil. von Erlegung einiger schweren in Assecuration - Sachen vorgestellter Fragen.*

# TITULUS XVIII. DE QUASI CONTRACTIBUS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Quasi contractus descriptio.* II. *Forma.* III. 1. *Negotiorum gestionis descriptio.* L. 3. ff. t. 5. de negot. gest. IV. *Personæ contrahentes.* V. *Forma.* VI. *Inde oriens obligatio.* VII. *Et actio directo.* VIII. *Obligatio secundario, ac inde veniens actio contraria.* IX. 2. *Administrationis tutelæ descriptio.* X. 3. *Rerum communium administratio.* L. 10. ff. t.3. commun. divid. XI. *Actio communi dividundo.* XII. 4. *Communio hereditatis.* L. 10. ff. t.2. fam. hercisc. XIII. *Actio familiæ hercisc.* XIV. 5. *Hereditatis aditio.* XV. *Actio ex testamento.* XVI. 6. *Indebiti solutio.* L. 12. ff. t.6. de condict. indeb. XVII. *Scilicet per errorem, etiam juris.* XVIII. *Condictio indebiti.* XIX. 7. *Datio ob causam.* L. 12. ff. t.4. de condict. causa data causa non secuta. XX. *Condictio causa data causa non secuta.* XXI. 8. *Acceptio sine causa.* L. 12. ff. t.7. De condict. sine causa. XXII. *Condictio sine causa.* XXIII. *Condictio ob turpem vel injustam causam; item furtiva, huc non pertinet.* XIV. 9. *Obscuratio finium.* L. 10. ff. t. 1. finium regund. XXV. *Unde oritur illa actio fin. regundorum.* XXVI. 10. *Receptio in navim.* L. 4. ff. t.9. naut. caup. stabul. ut recept. rest. XXVII. *Actio de recepto.* XXVIII. 11. *Litis contestatio.*

I. QUASI contractus est, quando ex ipso facto lex civilis consensum inducit, indeque alter alteri obligatur [o].

II. CUM enim in hisce negotiis non sit expressus consensus, & tamen æquitas dictitet, ut inde obligatio constituatur, lex ipsa ex facto consensum colligit. *l 16. ff. de neg. gest. l.1. §.6. ff. de const. pec.* & opponitur contractui vero, h. e. expresso consensu celebrato.

III. EJUSMODI 1.) est negotiorum gestio, quæ est quasi contractus, quo quis, sine mandato negotia alterius utiliter gerendo [p], se ad rationem de iis reddendam, &

o) VEL potius quasi contractus est obligatio, quæ nascitur ex alterius facto, in alterius vere non consentientis utilitatem susceplo. Omne enim fundamentum obligationis ex quasi contractu intuitu ejus, qui non consentit, consistit in utilitatis promotione, ob quam lex fingit, eum consensisse, cum probabile non sit, eum dissensurum, in cujus utilitatem factum alterius vergit. Non tamen prius ille obligatur, quam de utilitate constet. Indeque est, quod prius constare debeat, utrum alteri negotium utile sit, & sic, qui vere consentit, de facto & administratione negotii, atque, si male cesserit factum, de damno respondere debeat.

p) HOC enim, quod quis utiliter gerat, sufficit. Quare nec error in persona ejus, cujus negotia geruntur, nocet *L. V. pr. §. I. L. IV. sq. de negot. gest. L.* XXIX. *D. Commun. divid.* Et si quis improbe & sui lucri causa ad alienum negotium accesserit, tamen obligat dominum, quatenus utilitatem habet *L. VI. §. III. de negot. gest.* multo magis obligat eum, si præter intentionem res felicem habeat successum *L.* XLVIII. *D. de usufr.* Imo generatim sufficit, ut quis utiliter vicissim

vicissim alterum sibi ad restituendum id, quod impensum, adstringit. *l.2. l.10. §.1. ff. de negot. gest.*

IV. INTERCEDIT hic quasi contractus inter gestorem & dominum ignorantem [q], seu absens, seu præsens sit, *l.41. de neg. gest.*

V. FORMA hujus contractus consistit in ipsa gestione absque ullo mandato, seu expresso seu tacito, suscepta. *d. l.2. & 41. de neg. gest.*

VI. INDE oritur obligatio gestoris, ut scilicet negotium susceptum exequatur & quidem diligenter [r]. vid. §.1. *in f. I. de obl. quæ quasi ex contr. nasc. l.23. de R. I.* unde gestor tenetur domino ad rationes reddendas, & restituendum omne id, quod ex gestione ad illum pervenit, aut pervenire potuit, ut & resarcienda damna, quavis culpa evenientia. *l.8. §.1. l.19. §.4. ff. de neg. gest.* quandoque & casum præstare tenetur gestor, nimirum si negotium periculi plenum subierit, quod non sit solitus facere dominus. *l.11. de neg. gest.* Quodsi in quibusdam [s] lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet. *d. l.11.* Si pecuniæ alienæ negotium gestum sit, lucri etiam omissi ratio sic habebitur, ut & gestor ad usuras totius temporis, quo pecuniam alienam exercuit, obligetur, & periculum quoque nominum, quæ contraxit, ipsemet agnoscere teneatur; nisi post contractum, cum ante satis locupletes essent debitores, casibus fortuitis suas fortunas ita amiserint, ut amplius solvendo non sint. *l.24. C. de usur. l.37. §.1. ff. de neg. gest.* imo & ipse gestor, si pecuniam domino debeat, a se quoque eam exigere jubetur. *l.6. §. fin. l.35. l.38. ff. de neg. gest.* Interdum in negotiorum gestionis actione dolus solummodo versatur: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum est, dolum (& latam culpam) duntaxat te præstare *l.3. §.9. de negot. gest.*

VII. DATUR hinc actio directa domino, ejusve heredi, contra gestorem, ejusve heredem, ut ea præstet, ad quæ ipsum obligatum diximus, *l.2. l.3. pr. & §.7. de neg. gest.*

VIII. E contrario obligatur etiam dominus gestori ad restituenda damna [t] & impensas, necessarias & utiles *l.10. pr. l.17. l.25. ff. de neg. gest.* & inde datur gestori contra dominum actio contraria. *d. l.2.*

gesserit, licet res effectu destituatur *L. X. §. I. de negot. gest.*

q) PRO quo & ille habetur, qui scit quidem, sed ob defectum animi vere consentire nequit. v. c. infans, prodigus, imo & ille, cujus contradictioni leges effectum non tribuunt, vel quia deliberato non agit, vel quia contradictio saluti publicæ est adversa STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. III. cap. I. § II. & Us. Modern. Digest. tit. de negot. gestion. §. ult. in fin.*

r) NON tamen semper eandem culpam præstat negotiorum gestor. Regulariter levem. Quod inde est, quia se obtulit negotio. Si alii, qui jam ad negotia gerenda accesserat, se prætulit, levissimam. Si gerat negotium, quod absens gerere solitus non erat, casum. Si denique suscipiet negotia in re alias peritura, latam.

s) REGULARITER, qui aliqua negotia suscepit, ad reliqua expedienda non obligatur, *L. XV. & XVI. D. de negot.* nisi vel sint connexa, vel alius adsit, qui omnia gerere velit *L. VI. §* XII. *Eod.* Si tamen omnia suscepit, & aliqua utiliter gessit, in aliis damnum dedit, ignorans lucrum cum damno compensat, vel potius, si damnum superet lucrum, negotiorum gestor illud resarcit, si lucrum excedat damnum, ignorans negotiorum gestorem indemnem præstat *L. XI. in fin. D. Eod.*

t) IN genere negotiorum gestor repetit, quæ ipsi ob causam negotii gesti absunt *L. X. C. de negot. gest.* vel absutura creduntur *L. XXVIII.*

IX. 2.) ADMINISTRATIO tutelæ, quæ est quasi contractus *, quo tutor ad personam & res pupilli fideliter gerendas obligatur. §.2. *I. de obl. quæ quasi ex contr. nasc.* vid. supra *lib* 1. *tit. de tutel.* 16. *& seqq.*

X. 3) RERUM singularium communium administratio *, quæ est quasi contractus, quo duo pluresve in societatem præter voluntatem incidunt, & sibi invicem ad res communes dividendas, & ad personales quasdam præstationes obligantur. *l.* 1. *l.* 4. §.3. *ff. comm. divid.*

XI. ORITUR ex hoc quasi contractu, & simul dominio, actio communi dividundo, qua illi, quibus res particularis communis est, inter se agunt de re ista dividenda, commodis communicandis, damnis dolo culpave datis, adeoque interesse & impendiis, restituendis *y*. *tot. tit. D. comm. div.*

XII. 4.) COMMUNIO hereditatis, quæ est quasi contractus, quo plures simul veniunt ad eandem hereditatem, indeque alter alteri obligatur ad hereditatem dividendam inter se invicem, præstandas impensas vel damna. §.3. *&* 4. *J. de obligat. quæ ex quasi contr. nasc.*

XIII. DATUR ex hoc quasi contractu, & concurrente jure hereditario, seu dominio hereditatis, actio familiæ herciscundæ de qua jam supra dictum *lib.* 2. *tit.* 33. *aph.* 13. *add.* RENNEMANN. *d. membr.* 3. *D.* 31. *th.* 22. *& seqq.*

XIV. 5.) HEREDITATIS aditio, quæ est quasi contractus, [illegible] heres, qui hereditatem adiit, ad legata & fideicommissa, legatariis aut fideicommissariis præstanda, obligatur. §.5. *J. de obl. quæ ex quasi contr. nasc. l.* 5. §.2. *ff. de O. & A.*

XV. DATUR hinc actio ex testamento, quo is, cui aliquid ex testamento, seu ultima voluntate præstandum est, agit contra heredem, ut id præstet, & ultimam defuncti voluntatem impleat. §.2. *verb. per actiones personales. I. de legat.*

*D. Eod.* Sic ea, quæ erogavit, sortis loco habentur, ut & usuras resti tuere debeat ille, cujus negotia gesta sunt *L.* XVIII. *C. Eod.* Sic, si fidem interposuit, recte agit, ut liberetur.

*u*) NON itaque confundenda ipsa tutela cum administratione tutelæ. Illa est munus publicum, & personam solum respicit. Hæc est quasi contractus, & actionem tutelæ directam & contrariam parit, ipsamque obligationem de tutelæ administratione respondendi in heredes devolvit.

*x*) PRÆSUPPONITUR hic, plures unam rem pro indiviso communem, id est, in condominio habere, & alterum rem illam communem communi nomine administrare *L. VI.* §. *II. Commun. divid*

*y*) EST itaque hæc actio mixta, natura sua realis & ex condominio profluens, admixtas tamen habens præstationes personales: Et id quidem, quod ad divisionem agemus, ex jure reali & condominio est. Eidemque facultati, ad divisionem provocandi, neque pactum contrarium neque prohibitio privati hominis, sigillatim testatoris, obest *L. XIV.* §. *II. D. Commun. divid. L. LIX. D. pro socio.* Reliquæ præstationes ex jure personali sunt, & ex natura societatis, vi cujus omne lucrum communicandum est, eo quidem effectu, ut, etiamsi quis suo nomine in re communi quid fecerit, lucrum nihilosecius commune fiat, *L. VI.* §. *II. Commun. divid.* Sic etiam damnum regulariter communicatur. Solus tamen id ipsum fert, qui in propriam utilitatem aliquid in re communi suscipit *d. L. VI.* item ille, qui invito socio aliquid facit, cum in re communi semper melior sit ratio prohibentis, *L. XII. & XXVIII. D. Eod.* Quod posterius tamen fallit 1) si administrans quid facit, quod regulariter fieri solet, 2) si rem ad eum usum adhibet, ad quem ab initio erat destinata, *L. LXVIII D. pro socio*, 3) si prohibentis nihil intersit, LEYSER. *Spec. CXVIII. med. IV. sqq.* 4) si rem communem meliorem facit, *L. XIII.* §. *I. de servitut. præd. urbanor.*

XVI. 6.) INDEBITI solutio [z], quæ est quasi contractus, quo is, cui per errorem indebitum solutum est, ad ejus restitutionem obligatur. §.1. *I. quib. mod. re contr. obl.* §.6. *I. de obl. quæ quasi ex contr.*

XVII. DICIMUS per errorem [a]: nam is qui sciens indebitum solvit, videtur donare. *l.*1. §.1. *ff. de cond. indeb. l.*53. *de R. I.* & quidem potissimum si quis in facto erret, non in jure, *l.*9. & 10. *C. de I. & F. ignor.* Recepta vero est ex æquitate a Doctorum sententia, quod etiam ob errorem juris detur repetitio soluti, si solvens damnum sit passurus, & alter lucrum, nisi repeteretur. *d. l.*14. *l.*26. *pr.* §.1. & 2. *ff. de condict. ind.* add. *l.*59. *d. t. l.*5. *C. eod.* vid. ZASIUS *ad rubr. ff. de condict. indeb.* SICHARD. *in tit. C eod.* CARPZOV. *p.*3. *C.*15. *d.*43. it. *p.*2. *C.*28. *d.*20. PINGITZER. *decis.*49. *num.*11. CHRISTIN. *vol.* 3. *decis. Belg.* 8. GROTIUS *introd. in Jus Belg. l.*3. *c.*30.

XVIII. COMPETIT inde condictio indebiti, qua errore cognito [b], repetit quis solutum ab eo, qui indebitum accepit. *tot. tit. D. de condict. indebit.*

XIX. SIMILITER 7.) datio ob causam, quæ est quasi contractus, quo, si causa non sequatur, h. e. altera pars non steterit promissis, ea obligatur ad restituendum [c] id, quod accepit. *l.*13. §.2. *inf. ff. commod. l.*1. & *seqq. de condict. caus. dat. caus. non sec.*

z) QUAE fictum mutuum continet, eumque, qui ab eo, qui ex errore facti indebite solvit, ex errore indebite accipit, quamvis in mutuum non consentiat, nihilosecius tanquam ex mutuo obligat, modo tamen, quod solvitur, non habeat obligationem naturalem. *L. XVI. pr. L. LXIV. D. de condict.* Qui enim naturaliter & in conscientia obligatus est, quamvis jure civili actio ideo non detur, non tamen repetit, si solvit. HERTIUS *Diss. de condict. indebit. civ. debit. natur.* nisi lex civilis obligationem quoque naturalem reprobaverit v. c. si mulier fidejubens solvit *L. XVI. in fin. ad SCtum Vellej L. XL. sq. D. de condict. indeb.* Alias, si nullo modo obligatus est, recte repetit, nisi denuo nova debendi causa per accidens supervenerit, v. c. si, qui nil debet, ex transactione tamen, vel re judicata solutionem peragit *L. LVI. de re judic. L. LXV. §. 1. de condict. indeb. L. I. C. Eod.*

a) QUI ex parte jam solventis, quam accipientis adesse debet. Ut enim, qui sciens indebitum solvit, donat; ita, qui sciens indebitum accipit, furtum committit, & condictione furtiva tenetur *L. XVIII. de condict. furtiv.* Error facti esse, id est, qui solvit, putare debet, se jure perfecto esse obligatum & ex regulis justi. Qui enim putat, se ex lege gratitudinis & ex officio humanitatis debere, & solvit, ille denuo donat *L. LII. L. LXV. §. II. de condict. indeb.*

b) QUI de indebito agit, probare debet 1) solutionem, 2) se indebite solvisse, 3) per errorem, quæ omnia facti sunt. Cessat tamen probatio indebiti, si accipiens solutionem neget, eaque probetur *L. XXV. pr. D. de probat.* si causa debendi in instrumento super solutione dato non extet, si præsumtio pro actore militet *d. L. XXV. § I. de probat.* Cessat etiam indebito probato erroris ulterior probatio, cum ex solutione indebiti præsumtio oriatur pro solvente, ut ad juramentum suppletorium possit admitti.

c) DIXIMUS supra in contractibus innominatis, re quasi obligationem contrahi, eumque, qui dedisset, electionem habuisse, utrum ad implementum agere, an, implemento non secuto, id, quod dedisset, revocare vellet. Ob ultimum finem comparata est condictio causa data, causa non secuta, qua id, quod propter causam futuram datum erat, condicebatur, si causa, ob quam datum, non fuisset secuta. Nos itaque hac condictione supersedere possumus, cum pœnitentiæ in contractibus innominatis non detur locus. Quare in hoc uno forsan casu hæc condictio locum habebit, si quis non tam propter finem, quam ad finem consequendum aliquid dedit, vel etiam, si id, propter quod datum, interesse pecuniarium non admittit BEYER. *Posit. ad Dig. tit. de condict. caus. dat. pos. XIII. sqq.* Cæterum ex ipsa æquitate hanc condictionem esse, facile patet *L. XVI. §. I. de minor. L. XXV. D. rer. amot.* cum æque ac aliæ sequentes condictiones deducatur ex regula, quod nemo cum alterius damno fieri debeat locupletior *L. XXXII. de reb. credit.*

XX. DATUR ex hoc quasi contractu condictio causa data causa non secuta, seu condictio ob causam datorum, qua quis id, quod ob causam futuram honestam, seu ob rem factumve promissum alteri dedit [d], causa ea ab altero non præstita, seu promissione rei factive non impleta, repetit. *l.1. l.3. §.2. ff. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Quando enim ob causam alteri, ut scilicet rem factumve aliquod præstet, quid datur, expresse quidem id agitur, ut causa ista sequatur, & alter quoque promissum impleat, atque ita contractus innominatus initur: insimul vero tacite agitur, ut, si causa non sequatur, repetere datum liceat, ac proinde alter, qui accepit, ex ipsa re obligatur, causa non secuta seu promissione ab altero nondum impleta, ad reddendum. *l.13. §.2. in fin. ff. commod.*

XXI. PORRO 8.) acceptio sine causa, quæ est quasi contractus, quo quis ex ipsa re, quod scilicet res sine causa apud ipsum sit, obligatur ad restituendum cum omni causa *l.32. in f. ff. de reb. cred.*

XXII. DATUR inde condictio sine causa [e], quæ locum habet, si aliæ condictiones deficiant. vid. *tot. tit. D. & C. de condict. sin. caus.* v.c. si malæ fidei possessor fructus consumserit. *l.3. C. d. t.* si chirographum sit apud alterum, numeratione non secuta, vel credito jam soluto. *l.2. & 4. C. eod.* si fullo amissis vestimentis, domino pretium solverit, qui tamen illa postea invenerit. *l.2. ff. eod.*

XXIII. REFERRI etiam huc solet a plurimis condictio ob turpem causam; it. injustam causam; it. a nonnullis condictio furtiva. Verum hæ non ex quasi contractu condictiones sunt, sed ex delictis: uti suo loco dicetur *lib.3. tit.26. §.5. sqq.*

XXIV. 9.) COMMODIUS huc referri potest [f] cum BALDUINO *ad §. it. I. de obl. quæ quasi ex contract.* actio finium regundorum, quæ datur inter eos, qui confines habent agros, ut fines rite discernantur & declarentur, atque quod interest, alterius fines confusos non fuisse, præstetur *l.1. l.4. §.1. l.8. ff. fin. reg. §.20. I. de action.*

*d*) NON itaque locum habet, si quis fecit, quia factum infectum fieri nequit, reique natura non patiatur, ut prior status restituatur. Sive vero quis jam dederit, sive dare promiserit & cautionem interposuerit, sive dederit naturaliter, transferendo dominium, sive civiliter, alterum quocunque ratione locupletiorem faciendo, perinde est.

*e*) EST hæc condictio generalis, & omnes reliquas sub se complectitur *L. I. §. II. L. IV. de condict. fine causa.* Sine causa enim penes aliquem est, I) quod ob causam accepit, quæ tamen non est secuta II) quod ex errore accepit ab eo, qui non obligatus erat, III) quod ex turpi vel injusta causa tenet. In sensu speciali autem de eo solum casu intelligitur, IV) quando quis rem habet ex alia causa, quam ex prioribus, atque in subsidium competit, si causa vel ab initio non adfuit vel adfuit quidem, sed finita & extincta est. Sic v. gr. qui a minore solo mutuam accipit pecuniam, fine causa accipit, quia ex mutuo in minorem non cadit obligatio; Item, qui soluto debito chirographum detinet, absque causa detinet. Alia exempla vid. in *L. II. L. fin. de condict. fine caus. L. XI §. VI. de action. emt. vendit.*

*f*) NEC tamen commode huc refertur. Nam actio finium regundorum præsupponit dominos agrorum confines, ex quibus alter negligentia sua fecit, ut fines confunderentur. Hac vero ratione patet, non ex quasi contractu, sed ex quasi delicto hanc actionem esse STRYCK, *Us. Modern. Digestor. tit. Finium reg. §. II.* Locum itaque habet, quando fines prædiorum privatorum confinium confusi sunt, ad fines pristinos restituendos, vel, si restitui nequeant, discernendos. Quapropter, qui de finibus regundis agit, de eo solicitus esse debet, ut probet fines, quo restitui possint, vel demonstret minimum, fines confusos esse, quo judex de novo eos discernere possit. Imo, ne iterum facile confundantur, judex ipse curet, ne desint signa finalia, per quæ confusioni obviam eatur. Quod, quomodo cau-

XXV. Est hæc actio ex quasi contractu, qui consistit in eo, quod possessores agrorum incidant in confinium, & non tam consensu, quam re confines fiant, indeque, si res ita exigat, teneantur sibi invicem ad fines rite dirimendos, & præstandum alter alteri, quod interest. *l. 2. ff. fin. reg. l. 6. l. 8. pr. eod.* Concurrit etiam dominium seu jus in re, indeque mixta est hæc actio *d. l. 8. pr. l. 4. § 5. & 9. d. t. §. 20. I. de action.* Si vero dolose termini sint moti, subest obligatio & actio ex delicto. *§. pen. I. de off. jud.* Præterea etiam datur judicium criminale, de quo inferius. vid. JOH. OETINGER. *tr. de jur. lim. & fin. reg.*

XXVI. RESTAT 10.) exponendus quasi contractus, scilicet receptio in navim, qui quasi contractus inducitur ex facto receptionis [g], quo exercitor navis, cauponæ vel stabuli, censetur tacite promittere, salvas fore res receptas. *l. 1. & seqq. ff. naut. caup. stab.*

XXVII. DATUR inde actio de recepto, quæ est actio in factum, prætoria, in personam, quæ, ob receptum salvam fore cujusque rem, datur ei, qui rem in navim, cauponam seu stabulum immisit aut intulit, contra exercitorem istius navis, cauponæ seu stabuli, qui istas merces seu res recepit, ut salvas restituat, & omne damnum cujuslibet culpa contingens [h], præstet. *dd. text.* add. PECK. *cum not.* VINN. *comm. in tit. ad rem naut. pertinentes.* STYPMANNUS *tr. de jur. marit. & naut. p. 4. c. 16. num. 168.* vid. EXERC. NOSTR. *ad ff. VIII. th. 106. & seqq.*

XXVIII. ACCENSETUR etiam 11.) quasi contractibus litis contestatio; in qua ex litigantibus actor coram judice actionem proponendo, & reus illi contradicendo, alter alteri est obligandus ad servandum id, quod judex sententia decreverit. *l. 3. §. 11. ff. de pecul. l. 29. ff. de novat.* unde venit actio judicati *d. l. 3. §. 11. de pecul.* RENNEM. *d. m. 3. D. 34. thes. 3.* ubi scribit: ideo ULPIANUS *d. l. 3. §. 11.* dicit judicati veluti obligationem: *quia non est ea obligatio proprie ex judicato, sed ex ipsa litis contestatione, sive judicio accepto.*

ADD. *Lib. 3. T. 28. I. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*

re peragatur, late docet OETTINGER. *de jur. limit.*

g) HANC obligationem, ut factum receptionis oneraret cauponem, vel nautam, ad rem restituendam, ipsa necessitas & utilitas introduxit, cum iter facientium intersit, ut res eorum salvæ sint, si fidem hominum, qui ejusmodi receptionem publice profitentur, sequi necesse habent. Indeque patet, neque illi hanc actionem prodesse, qui non peregrinatur, neque illi, qui aliis res suos concredit, qui extra professionem, quam habent, eas recipiunt, quamvis paritas rationis suadeat, ut extendatur obligatio ad magistros postarum & aurigas ordinarios STRYCK. *de action. forens. investig. Sect. I. membr. IX §. XXXV.* Cæterum sive ipse caupo, nauta vel stabularius recipiat, sive per eum, cui id officii demandavit, perinde est. Liberat se tamen ab obligatione, si ante receptionem prædixerit, se obligari nolle. STRUV. *Exerc. VIII. th. CXVII.*

h) RECTE hactenus. Nam omnem culpam caupo præstat, *L. III. §. I. D. Naut. caup. stabul.* imo & casum, qui in ipsa caupona exiit. Merum vero casum extrinsecus supervenientem ferre non debet. Interim refert, ut distinguamus, utrum ipse caupo damnum dederit, an ejus familia & inquilini, an denique hospes hospiti. Nam hoc demum in casu actio de recepto ex quasi contractu instituitur. In primo casu ex vero delicto, in secundo ex quasi delicto caupo tenetur.

## TITULUS XIX. DE ACTIONIBUS, RATIONE GESTORUM AB ALIIS CONTRA NOS COMPETENTIBUS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Ratione gestorum ab iis, quos in potestate habemus, dantur actiones.* II. *I. Quod jussu,* L. 15. ff. t. 4. quod jussu. III. *II. De in rem verso,* L. 15. ff. t. 3. de in rem verso. IV. *III. Actio de peculio.* V. *Ratione gestorum a liberis personis I. actio exercitoria.* L. 14. ff. t. 1. de exercitor. act. VI. *II. Institoria.* L. 14 ff. t. 3. de institor. act. VII. *Potest vero quis aut exercitoria institoriave agere, aut directa contra magistrum institoremve.* VIII. *Quid obtineat, si alter contrahens, quem institorem esse, ignoraverit.* IX. *Finito officio, non obligatur institor.* X. *Quilibet exercitor, aut mercator in solidum tenetur.* XI. *Creditores ratione certæ tabernæ præferuntur aliis.* XII. *Lex Rhodia de jactu.* L. 4. ff. t. 2. de lege Rhod. de jactu. XIII. *Quid veniat in contributionem ob jactum.* XIV. *Aut ob aliud damnum.*

I. GESTUM ab aliis nos attinet [i], vel quod in potestate gerentes habeamus, vel quod respectu ac nomine nostrum extraneæ personæ negotium gerant.

II. CUM filius aut servus ex mandato patris vel domini [k] negotium aliquod gerit, aut contrahit, potest is, qui cum filiofamilias aut servo contraxit, actione quod jussu agere. *l. 1. pr. & §. 3. ff. quod juss.*

III. SIMILITER datur actio de in rem verso, qua, ex filiifamilias aut servi contractu, pater vel dominus eatenus condemnatur, quatenus ex isto acceptum aut in negotium ejus impensum est [l]. §. 4. *I. quod cum eo, qui in al. pot. tot. tit. D. de in rem. vers.*

i) JURE civili antiquo nulla erat obligatio, nisi inter contrahentes. Et sic nemo ex alterius contractu obligabatur. *§. X: J. de action.* nec inde conveniri poterat *L. XI. de oblig. & action.* Hoc tamen, uti in iis, qui in aliena potestate erant, falleret, cum pater & dominus ex contractu filii vel servi ad solvendum illud, quod in contractum esset deductum, peculiotenus tenerentur, ita sigillatim Prætori iniquum videbatur, ut iis in casibus, quando duæ personæ moraliter pro una haberentur, vel alter contrahendo alterius utilitatem promoveret, deficeret actio, voluitque magis, ut, qui vel expresse, vel mandando vel jubendo, vel tacite ob versionem in rem ad contractum, concurreret, ex hoc ipso contractu obligaretur. Eumque in finem actiones, quas vocant adjectitiæ qualitatis, quæ jam ex contractu filii vel servi contra Patrem vel dominum competerent, ad reliqua per tertium gesta negotia applicavit. Sunt vero actiones adjectitiæ qualitatis generatim non novæ actiones, sed actionibus ex contractu alias oriundis adjiciebantur, ita quidem, ut actioni principali nomen adderetur, indicans, reum non ex proprio, sed ex alieno facto conveniri, v. c. si filius jussu patris emtionem celebrasset, actio emti venditi quod jussu contra patrem locum habebat.

k) ACTIO itaque quod jussu, si ab hac differentia discesseris, quod in liberam personam non jussus, sed mandatum cadat, ab actione, qua, qui cum mandatario contraxit, contra mandantem utitur, non differt, nam & filius vel servus jussum patris vel domini accurate sequi, nec fines excedere debet *L. III. D. quod jussu.* Imo hodie usus hujus actionis vel ideo cessabit, quia casus, qui olim supponebatur, filium & servum ex jussu patris vel domini negotium proprio nomine in peculio profectitio gessisse, ob raritatem ejus generis peculii vix existet. Hac vero ratione, si filius jussu patris proprium hujus negotium expediat, directa contra ipsum patrem actio sibi locum vindicat.

l) FUNDAMENTUM hujus actionis in ipsa æquitate naturali nititur, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Nec dubium est, quin & hodie usum omnino præstet, modo denuo Romanis, quæ in hac actione eorum institutis propria erant, relinquas. Nam hi casum cogi.

IV. DATUR etiam jure Romano actio de peculio, cujus hodie vix est usus. vid. EXERC. NOSTR. *ad D.XX.th.59.& seqq.*

V. PER liberam personam obligamur, si certæ negotiationi aliquem propofuerimus m). Illa negotiatio vel est maritima, unde datur actio Exercitoria, qua ex contractu, a magistro navis secundum modum præpositionis n) gesto, exercitor seu dominus navis convenitur.

VI. SIMILITER datur Institoria actio, qua nimirum ex contractu, ratione negotiationis, cui præpositus est, ab institore inito, convenitur in solidum dominus, qui negotiationi istum præposuit, ut præstet id, quod ex contractu debetur. *l.1.& seqq. ff. de instit. act.*

VII. ET quidem jure Romano is, qui cum magistro navis (*Schiff-Patron*) seu cum institore in rebus, ad gubernationem navis aut negotiationem pertinentibus contraxit, habet optionem, utrum exercitorem navis (*Schiff-Herr*) an vero ejus magistrum; similiter utrum ipsum mercatorem, an ejus institorem convenire velit. *L.1.§.17. ff. de exerc. act. l.6. §.ult. naut. caup. stab.* nisi institor simpliciter contraxerit cum eo, qui non scivit esse institorem, quo casu proprio nomine tenetur. add. *l 6. §.1. ff. de negot. gest.* MENOCH. *l.3. præsumt.46. num.1. & præs.49. num.16.* vid. BRUNNEM. *ad l.6. §.4. ff. de acquir. hered.*

VIII. QUAERITUR autem hic: quid si institor cum aliquo contraxit, qui eum institorem esse ignorat, nec is expresserit, se pro alio contrahere, utrum nobis aliquid acquiratur? Et quidem si inter mandantem & mandatarium quæstio sit, non dubitatur, quin mandanti competat actio adversus institorem, pro tradenda re, mandato suo empta. BRUNNEM. *in l.4. C. comm. utr. jud. num.5.* sed major difficultas est, si de ju-

tabant, filium vel servum negotium domini vel patris in peculio gessisse *L. X. in fin. de in rem verso.* Hodie vero, quacunque ratione filius vel servus patris vel domini utilitatem negotium aliquod gerendo promoveat, pater vel dominus illi obligabitur, cum quo filius contraxit. Sic autem re ipsa hæc actio ab actione negotiorum gestorum non erit diversa.

m) FUNDAMENTUM tum exercitoriæ, tum institoriæ actionis est mandatum, nec ideo dubium, quin directo cum illo, qui alium negotiationi præfecit, ex hujus negotio ex præscripto mandati gesto agi possit *§. ult. J. quod cum eo, qui in alien.* Nec differunt exercitoria & institoria actio, nisi nomine & in mere accidentalibus. Illa enim nomen habet a præponente, hæc ab eo, qui negotiationi præpositus est. Illa de maritima, hæc de terrestri negotiatione concepta est. In hoc uno exercitoria actio majorem institoria habet favorem, quod & substitutio a magistro navis facta exercitorem obliget *L. I. §. V. de exerc. action.* Institoris vero facta per substitutum gesta agnoscere non debet dominus SCHILTER. *Ex. XXVII. § XLII. seqq.*

n) IDQUE natura mandati exigit, nec ideo modum egressus institor vel magister dominum obligat *L. I. § XII. de exerc. action. L. V. §. XI. L. fin C. de institor. act.* Sed cum id officii generatim commissum sit magistro & institori, ut negotiationi consulat, atque necesse habeant & contrahentes peregrinantes, ut fidem magistri & institoris sequantur, dominus omnino de damno respondere debet, si officium negligenter gessit, vel circa illud deliquit. *L. V. §. VIII. de instit. act.* vid. BÖHMERI *Diss. de discrimin. tempestat. marin. cap. I.* Reliqua delicta præpositi dominum non gravant, cum necesse sit, ut pœna teneat suos auctores. Hoc etiam in negotiatione maritima singulare est, quod tacite magistro videantur concessa, sine quibus navigatio perfici nequit, ut sic obligetur etiam dominus ex mutuo navigationis causa contracto, si ea concurrant in ejusmodi mutuo, quæ adesse jubent *L. I. §. VIII. & IX. L. VII. § I. L. final. D. de exercit. act.* add. STRUVII *Exerc. XX. th. X.*

re prælationis, concursu creditorum instituto, quæratur inter dominum mandantem & alios creditores institoris illius, ut aliquoties in judiciis disceptatum est; an per tale institoris aut mandatarii factum, ipsum verum rei emptæ dominium acquiratur mandanti, sic ut adversus alios creditores rei vindicatione uti possit? Quo in casu præcipue attendendum est, an hoc egerit mandatarius, ut domino mandanti emat? cum ad acquirendum dominium mandanti sufficiat, procuratorem in contrahendo ejus fuisse intentionis, ut domino suo acquirat. BRUNN. & PAUL. de CASTRO in *l.33. ff. de don.* ANTON. FABER. *ad C. tit. si quis alt. vel sibi def.14. & tit. de R. V. def.6.* Atque ita de consuetudine Amstelodamensi responsum fuisse, testatur SIMON VAN LEUWEN. *Cens. for. l.4. c.3. n.9.* Quod, cum difficilis probationis sit, quid scilicet mandatarius in animo habuerit, circumstantiis & conjecturis probari potest: ut, si constiterit, rem emtam mandantis pecunia esse comparatam: GAIL. 2. *O.25. n.13. & obs.25. n.10.* HARTM. HARTMANNI *t.27. obs.8. num.15.* aut, si emens rem emtam, ejusve pretium retulerit in rationes mandantis. FELIC. *tr. de societ. c.3. n.58.* JACOB. COREN. *obs.25.*

IX. PORRO sciendum, quod finito officio, regulariter non amplius obligetur institor ex contractu, quem domini nomine [o] celebravit, *l. ult ff. de inst. act.* add. CARPZ. *p.2. C.20. def.14. & p.1. decis.10.* JACOB. COREN. *obs.28. n.47. & 48.*

X. QUODSI plures sint exercitores navis, aut plures mercatores simul negotiantes, quisque eorum in solidum tenetur ex facto seu contractu magistri, seu institoris, ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno institore seu magistro contraxit. *l.1. §. fin. l.2.3. & 4. ff. de exerc. action. l.13. §. ult l.14. ff. de instit. act.* Moribus tamen ultra vires suarum portionum alterum non obligari, tradunt [p] GROT. *tr. de I. B. & P. l.2. c.11. num.13. & introd. in jus Belg. l.3. c.1. n.36.* JACOB. COREN. *obs.40.* CHRISTIN. *vol.1. decis. Belg. 165. num.11. & decis.108. num.9.* add. GAIL. 2. *obs.24. num.9.* FELIC. *tr. de societ. c.30. n 32.*

XI. DENIQUE hic notandum, si mercator in diversis tabernis & locis exerceat negotiationes, quod tunc creditor, qui ratione hujus negotiationis aut tabernæ credidit, in mercibus eo spectantibus præferatur aliis creditoribus, qui ratione alterius negotiationis aut tabernæ crediderunt. RAPHAEL. FULGOS. *ad l 5. §. 15. ff. de trib. act.* JACOB. SCHULTES. *quæst. pract. 64.* FRANCISCUS SALGADO DE SAMOZA *in labyrinth. credit. concurr. p.1. c.9. num.48. & seqq.* MARQUARD. *tr. de jur. mercat. l.4. c.14.*

XII. COMMODE hisce annectitur materia legis Rhodiæ de jactu [q], qua cau-

o) VEL potius non tenetur amplius ex negotio, quod tanquam magister vel institor gessit, quodque ejus officium concernit. Quare dubium non est, quin e contrario ex intercessione pro domino, ut & ex delicto, quod officium non respicit, omnino obligetur.

p) INJUSTITIAE enim Jus Romanum hoc in capite arguit GROTIUS *cit. loc.* Sed absque sufficienti ratione. Interest enim rei mercatoriæ, ut lites brevi finiantur, nec in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxit. Præterea, qui pro reliquis solvit, de indemnitate præstanda cum sociis recte agit. Quo nomine civitates Hanseaticæ rectius forsan Jus Commune sequuntur, quam Belgæ id ipsum injustitiæ accusant.

q) LEGIS Rhodiæ argumentum erat de re nautica, idque ob æquitatem adoptarunt Romani, ac sigillatim doctrinam de jactu suam fecerunt, quæ in regula nitebatur, ut omnium contributione resarciretur, quod pro omnibus datum esset, ne alter cum alterius damno fieret locuple-

tum

tum est, ut, si levandæ navis causa jactus mercium factus fuerit, omnium contributione farciatur, quod pro omnibus datum est r, *l. 1. ff. de L. Rhod. de jact.* quæ contributio hodie Avaria seu Havaria dicitur, a verbo *Hafen*, quod portum denotat, quasi dicas id, per quod navis cum mercibus salva in portum redacta est.

XIII. In avariæ contributionem venire debent omnes s, quorum & quatenus intereat navem salvam esse, & ipse dominus ratione navis suæ, vid. *l. 2. §. 2. ff. de L. Rhod. de jact.* Quintil. Witsen. *tract. de Avaria.* Coren. *obs. 41. num. 3.* Grot. *de jur. B. & P. l. 2. C. 12. num. 25.*

XIV. Nec tantum propter jactum mercium, sed & propter quodlibet damnum aut detrimentum, quod navis salvandæ causa obvenit, aut aliarum rerum conservandarum causa factum est, puta, si malus, clavus, anchoræ, rudentes, aliave tumultuaria armamenta, removendi communis periculi causa, dejecta fuerint. *l. 2. §. 1. in f. & ibi* Vinn. & Peckius *ad L. Rhod. de jact.* add. Grot. *intrad. in jus Belg. l. 3. c. 19.* Strauch. *tr. de navig. num. 25.* Mornac. *in obs. ad l. 9. de L. Rhod. de jact.*

# Titulus XX. DE QUIBUSDAM PLURIBUS CONTRACTIBUS COMMUNIBUS.

## S u m m a r i a.

Aphor. I. *Condictionis triticiariæ descriptio.* L. 13. ff. t. 5. de condict. triticiaria. II. *Rei æstimatio præstanda.* III. *Actionis de eo, quod certo loco, descriptio.* L. 13. ff. t. 4. de eo, quod certo

tior. Omnes leges Rhodias edidit Vinnius *in Comment. ad Petri Peckii rem nauticam.* Et solent Belgæ, Germani, & maris Balthici emporia tantam facere earum autoritatem, ut in decidendis negotiis maritimis, si deficiat Jus Wisbyense, & Hanseaticum, quod principaliter venerantur, ad illas recurrant. Ipsas vero leges Belgarum & Germanorum nauticas vide in Marquardi *Append. ad Jus Mercator.*

*r*) Cujus regulæ æquitas tam late patet, ut commode applicetur ad omnes casus, ubi quis in periculo communi damnum passus est, ut aliorum damnum averteretur v. c. si quid solvitur, ne deprædatio fiat communis, ut navis a piratis redimatur, si tempore incendii diruatur domus flammis nondum correpta, ut vicinæ domus conserventur. Lauterbach. *Diss. de extensione Leg. Rhod. de jactu.* Ut vero in casu ab Auctore proposito contributio locum habeat, requiritur I) periculum commune adfuisse *L. II. §. I. L. V. pr. L. IV. §. II. de L. Rhod. de jactu* II) & quidem absque cujusquam culpa existens Loccenius *de jur. marit. Lib. II. cap. VIII. num. 14. sqq.* III) dejectionem vel communi consensu, vel ex majoris partis suffragio & IV) quidem animo communem utilitatem promovendi factam, V) æquitatis porro rationem ita, ut res magis, quæ navem onerarent, quam, quæ in navi essent, dejicerentur, habitam, denique VI) navem per jactum semel re ipsa servatam, aliorumque utilitatem promotam esse. *L. VII. D. de L. Rhod. de jactu.*

*s*) Modus contribuendi in regula generali nititur. Quicunque per jactum utilitatem sentit, & quidem in bonis, ex quibus locupletior fit, ille est obligatus ad contribuendum. Quod nostri ita effari solent: *Haverey gebt über Schiff und Gutb.* Quare dubium non est, quin ipsa quoque navis, imo & vectura æstimanda sit, cum ex utriusque conservatione dominus navis locupletior fiat. Nec ejus intuitu interest, sive res vectorum in se spectatæ navim oneraverint nec ne, cum sufficiat, easdem servatas esse. Præterea patet, ne vestimenta quidem, vel cibaria servata indistincte eximi posse, sed & tum de iis contributionem faciendam esse, quando negotiationis causa navi illata sunt. Ipsa æstimatio de jure communi fit, ut amissarum rerum pretium consideretur, quo emtæ; servatarum, quo vendi possunt, respiciamus. Sed aliter æstimant Belgæ & Britanni, dum, dimidio itineris jam confecto, rebus jactu amissis pretium constituunt, quo vendi po-

loco dari oportet. IV *Ædilitium edictum.* L. 21. ff. t. t. de Ædil. edict. & redhib. & quant. min. V. *Quod locum habet, si res in contractum deducta, vitio morbove laboret.* VI. *In equis attenduntur vitia quatuor.* VII. *Quid in vendito animali mactabili obtineat.* VIII. *Locum etiam habet Ædilitium edictum, si venditor asserta non præstiterit.* IX. *Datur actio 1. redbibitoria,* X. 2. *æstimatoria seu quanti minoris.* XI. *Tempus harum actionum.* XII. *Evictio in pluribus contractibus præstanda.* L. 21. ff. t. 2. de evict. & duplæ stipul. XIII. *In quibus non præstetur.* XIV. *Præstatur ex ipsa natura negotii, licet non fuerit promissa.* XV. *Requisita, ut ad evictionem quis agere possit.* XVI. *Aliquando, omissa licet denunciatione, quis tenetur ad evictionem.* XVII. *Casus, quibus evictio non præstatur.* XVIII. *Cedens nomen regulariter non tenetur de exigibilitate.* XIX. *Usuræ in contractibus solvendæ quæ describuntur.* L. 12. ff. t. t. de usur. & fruct. & caus. & omnibus access. & mora. *Differentia earum ab eo, quod interest* XX *Debentur usuræ ob moram, vel pactum* XXI. *Sunt usuræ, ad certam quantitatem restrictæ.* XXII. *Prohibitæ usuræ usurarum: Exceptiones.* XXIII. *Ultra alterum tantum usuræ non sunt solvendæ.* XXIV. *Illis annui reditus redimibiles sunt affines.*

I. ALIQUANDO res in contractum deducta pecunia venit æstimanda: quem ob finem introducta est condictio triticiaria [1], quæ est actio in personam, prætoria, qua æstimationem rei dare oportere intenditur, atque ut arbitrio judicis, pro ratione loci ac temporis, res debita æstimetur, petitur. *tot. tit. D. de condict. trit.*

II. TENETUR vero debitor rei petitæ æstimationem præstare 1.) si forte res a debitore præstari nequeat 2.) si propter moram debitoris non velit contentus esse creditor rei præstatione, sed æstimationem exigat, quippe quæ eo tempore, quo res præstanda erat, major erat. vid. *l. 22. ff. de reb. cred.*

tuissent, si ad locum destinatum pervenissent LOCCENIUS *d. tr. Lib. II. cap. VIII.* Denique JURE WISBYCENSI *art. XXXVIII.* JURE HANSEAT *Tit VIII. §. I.* JURE STATUT. HAMBURG. *P. II. Tit. XVI. art. II.* simpliciter statutum, ut omnes res, & servatæ & amissæ eo pretio æstimentur, quo vendi potuissent illic, quo destinatæ erant. GROTIUS *Introd. ad Jus Belgic. Lib. III. cap. XXIX. n. 15.* Quod æquitati omnino convenit, cum illi, quorum res servatæ sunt, lucrum non fecissent, nisi alter per jactum res amisisset, sic vero naturale sit, ut partem lucri communicent cum iis, qui damnum perpessi sunt.

[1]) DE nominis origine multa disputant THOMASIUS & HUBERUS *ad tit. D. de condict. tritic.* Est autem vero omnino simile, eam ab objecto, & quia prætor præprimis caput de tritico in Edicto pertractabat, nomen accepisse. Est vero & hæc &, quæ sequitur, condictio de eo, quod certo loco, actio ad interesse, & ad negotia stricti juris, si ex his vel certo tempore vel certo loco aliquid præstandum esset, nec tamen præstaretur, pertinet. In his enim, cum ultra verba contrahentium judex procedere non posset, de jure Civili actio non dabatur, qua interesse prosequeretur, qui ex violatione contractus damnum incurreret. Quare Prætor ipsi ex æquitate succurrebat. Quæ cum ita sint, facile patet, nos, dum patimur, distinctionem inter bonæ fidei & stricti juris negotia usu destitui, actione triticiaria & de eo, quod certo loco, non indigere, sed ex ipso contractu æstimationem petere posse. Triplex autem æstimatio fieri potest, si debitor statuto tempore non præstet. Vel enim res præstanda (ad pecuniam enim numeratam actio non pertinet, quia tum mora obligationem præstandi usuras inducit) plane periit, & respicimus tempus interitus, vel deterior facta est, & respicimus tempus condemnationis, vel in utroque casu mora commissa est, & respicimus ad tempus, quod inter moram & litis contestationem medium est. Sin certo loco alicujus rei præstatio, aut pecuniæ solutio, (nam in actione de eo, quo certo loco & hoc negotium venit) facta non fuisset, isque locus in gratiam creditoris sit adjectus, & damni emergentis & lucri cessantis habetur ratio. Si in gratiam debitoris, damnum solum præstare debet, atque interesse neque usurarum modum servat, neque mercatorum solum privilegium est. Sed id magis continet, quanti revera interest, &, eum rationem naturalem habet, ab omnibus recte exposcitur, siquidem nec *tit. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* distinguit.

III. PORRO aliquando id, quod certo loco promissum est, alio præstandum venit, quo nomine competit actio de eo, quod certo loco, quæ est actio in personam, prætoria, qua res, quæ actione stricti juris certo loco petenda esset, facta commemoratione ejus loci, quo dari debuit, alibi petitur [w], & judici æstimandum committitur, quanti intersit, quod loco destinato res non præstetur. *l. 1. l. 2. pr. l. 4. & tot. tit. D. & C. de eo, quod cert. loc.*

IV. PRAETEREA ad plures contractus pertinet Ædilitium edictum [x], quo cumprimis occurritur fallaciis vendentium, & prospicitur emtoribus, & locum habet etiam in permutationibus, in divisionibus, & dationibus in solutum. *l. 19. §. 5. ff. de Ædil. edict.* non vero in donatione, nec in locatione [y] *l. 62. & 63. eod.*

V. SI nimirum res, in contractus ejusmodi deducta, vitio morbove affecta sit [z], seu sciat, seu ignoret venditor: modo 1.) res sit animata, 2.) non sit leve vitium latens & internum, quod emtor ex inspectione scire non potuit *l. 1. §. 6. ff de Ædil. edict.* vid. COLER. *de proc. exec. p. 1. c. 1. n. 82.* CARPZ. *p. 2. C. 34. d. 16.*

w) QUOD stricto jure fieri non poterat in negotiis stricti juris, cum ille, qui alibi peteret, quod alibi promissum esset, plus petitionem loco committeret, & causæ amittendæ periculum subiret. Huic itaque subtilitati obviam ivit Prætor, permisitque, ut in foro domicilii actio institui posset, etiamsi alibi solutio promissa. Non vero creditori solum datur, qui damnum perpessus est, sed & debitori, qui in loco convento paratus est solvere, si ejus intersit, ut ibi præstet. *L. II. §. VIII. de eo, quod cert. loc.* modo debitor non fuerit in mora, tum enim nullam habet conquerendi causam.

x) AEDILES apud Romanos res ad Politiam spectantes, *Policey- und Marcks-Sachen*, curabant, earumque nomine æque ac Prætores de causis justitiæ edicebant, absque imperio tamen, cum magistratibus minoribus annumerarentur. Sigillatim de emtionibus venditionibus privatis *L. I. § III. de Ædil. Edict.* quibus omnes contractus mutuæ præstationis ad transferendum dominium habiles æquiparabantur, *L. XIX §. V. Eod.* edixerant: Venditorem rei venditæ qualitates emtori aperire debere, nisi illæ vel in oculos incurrerent, vel alias notæ essent, *L. I. §. I. L. XXXVIII. Eod* absque distinctione, sive res mobiles essent, sive immobiles, sive vitium in re principali, sive in accessoria adesset *L. XXXII. XXXVIII. XLIX. LXIII. Eod.* Dolum vero venditoris reticentis actione redhibitoria vel quanti minoris coërcebant, etiamsi negligentia emtoris in detegendo vitio latente concurrat, cum tamen dolus venditoris præponderet. STRYCK. *Us. Mod. Dig. tit. de ædilit. Edict. §. VIII.* Inter utramque vero actionem hoc interest. Illa datur ob vitium, quod omnem usum rei tollit; Hæc ob vitium, quod rem non quidem in totum inhabilem reddit, impedit tamen, ne re ita uti possimus, uti cogitavimus. Illa tendit ad rescindendum contractum, hæc ad diminuendum pretium. Illa per sex menses durat, hæc annalis est.

y) QUOD inde esse dicunt, quod Ædilium nulla in negotiis locationis conductionis fuisset jurisdictio. Sed spuria est hæc ratio, cum alii jam viderint, in urbe Ædiles cum Prætoribus in cognoscendis istiusmodi negotiis concurrentem habuisse jurisdictionem. Quare magis ideo Ædilitium Edictum in locationibus conductionibus exulat, quia contrahentibus per actionem locati conducti jam satis erat prospectum.

z) PRAETEREA tamen requiritur, ut vitium jam adsit tempore contractus *L. III. de ædilit. Edict.* Si tamen in rebus animatis vitium se exerat intra triduum post initum contractum, emtor præsumtione tutus est, quod jam tempore contractus extiterit. Quare venditor, rem fuisse sanam, probare debet. Sin post triduum sese exerat vitium, venditor præsumtionem pro se habet, rem sanam fuisse. Ergo emtor probet, vitium adfuisse tempore contractus BRUNNEMANN. *ad L. I. D. de ædilit. Edict.* In ovibus tamen, quæ putredine laborant, ex opilionum suffragio XIV. vel XV. septimanæ requiruntur, antequam certo de vitio constare possit. Et sic emtor, si intra hoc tempus oves putredine moriantur, præsumtione munitus est, morbum tempore contractus adfuisse STRUVIUS *Diss. de jur. ovium Sect. II. cap. II. §. I.*

VI. Hic singulariter notandum est de jure Saxonico, quod venditor tantum de tribus equi vitiis regulariter teneatur, nimirum 1.) si retrogradus sit, (*stetig*) 2.) si cœcitate latente laboret, (*starblind*) 3.) si scabiosus, (*haarschlechtig*). vid. ROVENSTRUNK. *tr. de Ædil. edict.* COLER. & CARPZOV. *dd. loc.* RICHTER. *dec.95. n.33.* ubi additur & quartum vitium, si equus sit pituitosus, (*rotzig*) modo venditor alia vitia fraudulenter non celaverit sciens, aut sine vitiis esse laudaverit. RICHT. *d.l.* MEV. *ad jus Lubec. l.3. t.6. art.17.*

VII. CAETERUM vendens animal aut pecus mactabile, quod, mactatum aut dissectum, morbidum aut vitiosum deprehenditur, tantum de pretio restituere aut remittere tenetur, quantum taxatores aut inquisitores publici, ad id (ad exemplum Ædilium Romanorum) plurimis locis specialiter constituti, æquum judicarunt: nisi adeo morbidum aut vitiosum sit, ut ejus caro sine periculo comedi nequeat, quo casu tenetur venditor integrum pretium restituere. CARPZOV. *d. loc. d.15.* Porco tamen vendito, quia de ejus vitio, aut morbo, ex linguæ & palati inspectione judicari potest, secundum variorum locorum statuta & mores, venditor liberatur, si artifici, ad id munus demandato, ex apertione palati, linguaque scissa, sanum exhibuerit. CARPZOV. *d. l. def.16.* & COLER. *d.228. n.9.*

VIII. SIMILITER & locum habet Ædilitium edictum, si venditor ea, quæ de re vendita singulariter affirmaverit aut promiserit, non præstiterit. *l.19. pr. l.38. §.10. ff. de Ædilit. edict.*

IX. DANTUR vero hanc in rem duæ actiones 1.) redhibitoria, qua emtor agit contra venditorem, ejusque heredem, ut rem, vitio affectam, restituto pretio recipiat, ac, si sciverit vitium, interesse etiam præstet *l 1. C. de Ædil. act.* add. GOMEZ. *var. resol. tom.2. c.2. num.49.* SURDUS *l.149.* GROT. *Introd. in jus Belg. l.3. c.15.*

X. 2.) ACTIO æstimatoria seu quanti minoris, qua agit actor, non ad rescindendum contractum, sed, ut tantum pretii restituatur, quanto minoris res ob vitium, cum veniret, fuit. *l.61. ff. de Ædilit. edict. it. l.25. §.1. de except. rei jud.* CHRISTIN. *vol.2. Dec. Belgic. 69.*

XI. DURAT vero actio redhibitoria sex menses utiles a die contractus, vel promissionis *l.19. §.5 ff. de Ædil. edict.* æstimatoria autem a die scientiæ annum utilem. *l.2. in f. C. eod.*

XII. PORRO in plurimis contractibus [a] evictio est præstanda, nimirum 1.) in emtione venditione 2.) in permutatione: similive contractu innominato, qua res in alium transfertur. *l.1. C. de rer. perm. l.29. C. de evict.* 3.) datione in solutum, *l.4. C. de evict.* 4.) divisione rerum communium, vel hereditatis, *l.66. §. ult. ff. de evict.* 5.) trans-

a) REGULA est: In omnibus contractibus permutatoriis onerosis evictionem præstandam esse ab eo, qui proprio nomine & jure rem tradidit, etiamsi promisse non sit. In causis vero mere lucrativis cessat evictionis præstatio, nisi vel sit promissa *L. XVII. de obligat. & action.* vel tradens in dolo sit. *L. II. C. de Evict.* Sie diversa ratione in donatione & dotis datione evictio præstanda & non præstanda est. Præstatur in dote æstimata data. Præstatur etiam in donatione remuneratoria. Cæterum nil interest, sive res tota sive pro parte evincatur. *L. I. L. XXXVI. L. LVI. §. II. de Evictiom.* si tamen ex universitate juris acquisita singulæ res evincantur, cessat evictionis præstatio *L. V. D. L. I. C. de Evict. L. XXXV. §. VI. de contrahend. emt. vendit.*

actione, *l. 33. C. de transact.* 6.) locatione conductione, *l. 9. pr. l. 33. loc.* 7.) contractu emphyteutico, *arg.* §. 3. *Inst. de loc. cond.*

XIII. Non vero exigi potest evictionis praestatio 1.) in donatione simplici, vid. *l. 2. C. de evict.* 2.) in re certa, seu specie legata, cujus se dominum credidit testator. *l. 40. l. 59. de evict. l. 58. eod.*

XIV. Praestanda haec evictio est, seu per stipulationem singulariter sit promissa, seu non sit promissa, ex ipsa natura negotii, indeque actio ex illo contractu datur, ut, re evicta, pretium restituat, v. gr. venditor una cum sumtibus [b], add. Grot. *introd. in jus Belg. l. 3. t. 14.* Carpz. *p. 2. C. 34. d. 30. & 39.* Potest etiam aliquando emtor, si evictio in limine contractus immineat, pretium retinere, donec venditor evictionis nomine satis dederit. *l. 24. C. de evict. l. 18. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Mev. *de arb. jud. quaest. l. 2. c. 224.* Hillig. *l. 1. quaest. 36. num. 60.* Sande *decis. Fris. l. 3. c. 4. d. 9.*

XV. Ut vero actio ad praestandam evictionem institui possit, requiritur [c] 1.) ut antequam res evincatur, quis autori suo denunciet [d], sibi litem esse motam, *l. 8. C. de evict.* 2.) ut res sententia in judicio sit evicta, *l. 16. §. 1. ff. de evict.* 3.) ut sit evicta petitoris jure, vid. *l. 8. C. de evict. l. 51. pr. ff. eod.* Facta denunciatione ipse qui-

*b*) Idque tum fit, quando ex ipsa naturae negotii evictio praestanda est, siquidem tum venditor de omni damno tenetur. Quodsi vero evictionis praestatio per pactum negotiis, quae per se eam non producunt, superaddita sit, id solum praestandum est, quod ob evictionem abest, nec plus nec minus. Sic etiam, quod pretium attinet, ibi respicimus tempus evictionis, hic tempus promissionis. Caeterum, quod sumtus attinet, qui simul restituendi sunt, casus praesupponendus est, quod res re ipsa evincatur. Alias enim, si actor causam perdat, & emtor victor ex lite redeat, sumtus huic non restituuntur, quia venditor calumniam actoris vel ideo praestare non debet, quod non potuerit impedire, ne emtor processu temerario vexaretur.

*c*) Requiritur, ut clarius rem omnem exprimamus, rem ex causa, quae contractum antecedit, praevia sufficienti cognitione & ordine juris servato, per sententiam judicis definitivam esse evictam, eumque, a quo rem accepimus, admonitum legaliter de imminente evictione vel noluisse vel non potuisse evictionem avertere. Inde deducimus evictionis praestationem cessare, si res evincatur I) ex capite retractus legalis II) de facto & per casum fortuitum, nisi venditor promiserit, *dass er die Sache wider Recht und Unrecht gewähren wolle*, vid. *L. XI. pr. de evict.* Stryck. *Diss. de principe evincente*, III) culpa ipsius possessoris, qui vel fatalia negligit, vel incompetentem judicem agnoscit, vel compromittit, vel transigit, vel de evictione imminente autorem certiorem non reddit.

*d*) Fit haec denunciatio eo fine, ut ille, a quo rem accepimus, veniat & nobis assistat *L. XXI. L. XXIII. C. de eviction.* Neutiquam vero finem hunc obtinebit denuncians, nisi primo tempestive denunciet, eoque tempore, ubi occasio adhuc adest, se defendendi, *L. XXIX. §. fin. D. Eod.* quod optime fit ante Litis Contestationem; & deinde denunciatum simul instruat de statu causae. Quod produxit necessitatem ea communicandi denunciato, quae hucusque ventilata sunt. Caeterum & denunciatio ab emtore facienda, & defensio a venditore suppeditanda voluntatis est, & ad jura partium pertinet. Quare neque venditor assistit, nisi admonitus, etiamsi sciat, litem emtori motam esse, neque emtor post admonitionem praecise defensionem exigit. Uterque tamen in iis, quae in favorem sui introducta sunt, negligens, sibi damnum infert. Emtor enim non denuncians regressum contra venditorem amittit *L. VIII. C. Eod.* & venditor non assistens de evictionis praestatione, si culpam non admisit emtor, conventus, simpliciter respondet. Plane si veniat venditor, & obligationem assistendi & evictionem praestandi in dubium vocat, emtor actione ordinaria contra eum in foro competente experiri debet. Leyser. *Spec. CCXXXVIII. med. VII.*

dem possessor litem peragit, autor vero tenetur in foro possessoris, seu rei conventi assistere. *l. 49. ff. de judic.* CARPZOV. *de process. t. 4. art. 3. num. 1. & seqq.* Sive igitur autor comparuerit, sive non, coram suo judice deinde, re evicta, conveniendus est. PEREZ. in *C. h. t. num. 35.* SAND. *decis. Fris. l. 1. t. 1. d. 5.*

XVI. OMISSA litis denunciatione, non datur regressus contra autorem, nisi autoris causa notorie sit injusta, vel probare quis possit, autorem nullum jus habuisse. CARPZOV. *d. loc n. 32. & 38.*

XVII. PRAETEREA cessat evictionis præstatio 1.) si conventum fuerit, ne quis ad evictionem teneatur [e], *l. 11. §. fin. ff. de act. emt.* BURGUND. *tr. de evict. c. 39. & seqq.* qua tamen renunciatione videtur tantum remissa actio ad interesse, non restitutio pretii *d. l. 11. §. fin.* CARPZOV. *5. Resp. 45. n. 2.* 2.) si quis rem alienam, aut obligatam, sciens emerit. *l. 27. C. de evict.* HARTMAN. PISTOR *l. 2. q. 10. n. 22.*

XVIII. CAETERUM specialiter circa nomina vendita seu cessa sciendum, quod cedens præstare debeat, ut sit nomen [f], non ut etiam exigi possit. *l. 74. §. fin. ff. de evict. l. 4 de hered. vel act. vend.* Aliquando tamen nomen idoneum aut interesse præstare debet cedens, nimirum 1.) si dolus cedentis subsit, ut si seducendi animo asseruerit, debitorem esse solvendo, quem talem non esse sciebat, *l. 54. §. 1. de evict.* CARPZOV. *d. def. 26. num. ult.* 2.) si cessionarius justo errore fuerit inductus, ut putaret, debitorem esse solvendo, FRANTZ. *Comm. ad tit. de evict. n. 77.* 3.) si ita convenerit. *l. 4. l. 5. ff. de her. vel act. vend.*

XIX. IN plurimis etiam contractibus usuræ præstandæ veniunt [g]. Est vero usura certa quantitas, sorti seu quantitati principaliter debitæ accedens, præstanda in re ejusdem generis. *l. fin. C. de usur.* add. HEIG. *p. 2. q. 1. n. 141.* GROT. *introd. in jus Belg. l. 3. c. 10.* Differunt usuræ ab eo, quod interest, quod hoc semper indefinitum

e) ID quod fit vel expresse, vel tacite. Hoc contingit, si quis sciens, ut Autor monet, rem alienam comparat. Hoc ipso enim eatenus juri suo evictionis præstationem exigendi renunciasse videtur, ut ne pretium quidem citra pactum de ejus restitutione adjectum reposcere possit. *L. XXVII. C. de eviction.* Pertinet huc etiam casus, quando quis rem litigiosam sciens emit. Nam & tunc pacto opus est, ut evictio præstetur. *d. L. XXVII. C. de evict. L. VII. C. Commun. utriusque judic.*

f) DE cessione ipsa ejusque indole infra videbimus. Hic solummodo notamus, esse emtionem nominis revera emtionem spei. In hac sufficit spes proxima, non vero præcise requiritur, ne spes fallat. Hinc etiam sufficit, nomen adesse & obligationem veram *eine wahrhafte Schuld*, etiamsi cedens efficere nequeat, ut nomen bonum sit *eine tüchtige und exigible Schuld*, ipsaque solutio actu fiat. Imo, etiamsi quis expresse de bonitate nominis præstanda stipulatus sit, obligatur tamen solum de præsenti, non de futuro, hoc est, sufficit, debitorem solvendo fuisse eo tempore, quo actio nata erat, utut postea solvendo esse desinat. Interim, si debitor solvendo non reperiatur, contra cedentem præsumitur, quod debitum inidoneum cesserit. BRUNNEMANN. *de cession. action. cap. V. n. 51.* & *Decis. LXXI. n. 3*

g) QUAE in se spectatæ, quicquid dissentit Jus Canonicum, nihil iniquitatis habent. Justitia enim usurarum promissarum in eo consistit, quod nemo obligatus sit, ut alteri usum quantitatis creditæ gratis concedat. vid. *L. XIII. §. XX. D. de act. emt. vend.* & NOODT. *de fœnore & usur. Lib II. cap. X. sqq.* Usurarum vero exactio, quæ ex mora debentur, citra promissionem, facile inde defenditur, quod rationis sit, ne alterius mora alteri noceat. Recte itaque tolerantur & compensatoriæ & punitoriæ usuræ. Lucratariæ vero, sive mordaces, quæ compensationem legitimam usus concessi transcendunt, recte damnantur THOMASIUS *ad Strauch. Diss. XVIII. th. XIII.*

& indeterminatam fit. §. *ult. I. de V. O. l.* 26. *C. de usur. l. un. C. de fent. quæ pro eo, quod int.*

XX. Debentur autem usuræ in contractibus bonæ fidei propter moram, etiamsi non promissæ fuerint; *l.* 32. §. 2. *ff. de usuris*; in stricti juris contractibus autem non nisi promissæ debentur. *d. l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 3. *C. eod.* usu tamen receptum est, ut etiam ex mutuo, propter moram, usuræ debeantur [h].

XXI. Est vero in usuris legitimus modus observandus, nimirum 1.) hodie restrictæ sunt usuræ ut solum quincunces [i], seu quinque pro centum, debeantur. *R. A. zu Regensp. de anno* 1654. *§. anreichend &c.* 174. Carpzov. *p.* 2. *C.* 30. *d.* 8. *& d.* 1. *&* 3.

XXII. Porro. 2.) ita definitus est modus usurarum, quod usuræ usurarum

h) Inter utramque tamen speciem hoc intercedit discrimen, quod compensatoriæ sive promissæ & cum ipsa sorte & separata actione peti possint, etiam sorte soluta; Punitoriæ vero & ob moram a judicis magis officio dependeant, & non solum a judice in sententia omissæ non debeantur, sed etiam sorte absque protestatione acceptæ remissæ censeantur. *L. XLIX. §. I. de act. emt. vend* Mevius *P. I. Dec. CCXIX.* Sunt autem usuræ duplices ex mora. Moram enim inducit vel homo, & quidem aut diem solutioni certum præstituendo, aut debitorem, cui dies præfinitus non est, interpellando *L. XXXII. D. de usur. L. XIX. C. Mandat.* vel lex immediate, cujus rei variæ adsunt exempla in *L. XXIII. § I. de usur. L XIII. §. XX. de action emti L. III. C. in quib. caus. restit.* Ut sic non errent, qui triplicem usurarum fontem adstruunt, pactum, moram & legem. Et ex hoc posteriori fonte etiam ille obligatus est ad usuras, qui deliquit, & damnum alteri non restituit *L. VIII. §. I. L. XX. de Condict indeb.* add. Leyser. *Spec. CCXLIV. med. IV* Quod autem ait Schilter *Exerc XXXV th XI.* hodie etiam ex sola æquitate usuras deberi, & hine mutuum nunquam gratuitum præsumi, id cum Legibus Imperii pugnat vid. Recess. *de anno* 1600 § *CXXXIX. & de anno* 1654. *§. CXLVII.* Berger. *Oec. Jur. p.* 759. *n.* 5. Stryck *Cautel. Contract. Sect. II. cap. I §. XXV.*

i) De Jure Romano antiquo vid. Noodt. *de fœn. & usur. Lib II cap. I. seqq.* de Jure Romano novo *L. XXVI C. de usur.* Sigillatim administratores, qui pecuniam eorum, quorum res administrabant, in suos convertunt usus, centesimas, id est 12. pro 100. exsolvunt. *L. I. C. de usur. pupillar. L X. § III. D. Mand. L VIII. C. si cert. petat. L. VII. C. de administr. & peric. tutor.* In Imperio nostro præter hos casus, quando administratorum perfidia coercetur, quincunces solum permissæ sunt & videntur majores eo ipso prohibitæ, vid. Recess. Imper. *de anno* 1654. §. *CXLVII.* Nec, existimamus, rem privati arbitrii esse, ut quincuncibus majores sibi invicem promittant, nisi lege provinciali vel consuetudine rebus judicatis firmata tale pactum toleretur. Sic in Saxonia Electorali in cambiis, & mutuo Principi dato, semisses usuræ permittuntur. vid. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. II. Exerc. VI. §. XI.* Utut vero permittat Princeps usuras solitis majores, facile tamen patet, eas non ipso jure deberi, sed pacto nihilo secius efficere debent partes, ut exigere easdem possint Wernher. *P. II. Obs. CCXVII. P. VI. Obs. CCCCXXVIII.* Ita quoque JCtos Jenenses nuper judicasse memini. Plane, si extra casus toleratos quis usuras semisses accipit, in pœnam quidem usurariæ pravitatis non incurrit, Berger. *P. II. Suppl ad Elect. Disc. Forens.* pati tamen debet, ut, quod legitimam quantitatem excedit, sorti imputetur, quod, quomodo fiet, docet Leyser *Spec CCXLVI. med. X.* In reliquis casibus, qui usurariam pravitatem committit, aliter atque aliter de Jure Romano vi *L. XX. C. ex quib. caus. infam. irrog.* de Jure Canonico vi *c. III. X. de usur. c. II. de usur. in 6to c. I. X de sepult.* de Jure Imperii per Recess. Imper. *de anno* 1548. *&* 1577. *tit. von Wucherlichen Contracten*, de Jure Saxonico punitur. *Conf. Introd. ad Jus Sax. d. l. §. XIII.* Ut vero pœna locum habeat, pactum non sufficit, sed in actum deducta esse debet usuraria pravitas. Id enim exigit *cit. L. XX. C. ex quib. caus infam.* & Recess Imper. *de anno* 1577 *d. tit. XVII. §. VIII.* add. Mevium *P VIII. Dec. CLXXXV.* Berger. *Resol. Lauterbach. p.* 500.

non ſint præſtandæ, quod anatociſmus vocari ſolet [k], *l.* 29. *ff. de uſur. l.* 28. *C. eod.* CARPZOV. *p.* 2. *C.* 30. *d* 20. Excipiuntur tamen quidam caſus, nimirum 1.) is, qui a debitore meo uſuras accepit, ob moram iſte iterum alias uſuras debet: v. gr. uſuræ, quas nomine pupilli tutor accepit, in perſona tutoris ut ſors ſe habent, adeoque ratione earum uſuræ debentur *l.* 7. §. 10. *& ſeqq. l.* 15. *l.* 58. §. 1. *de adm. tut.* GROT. *introd. in jus. Belg. t.* 1. *c.* 9. SANDE *l.* 3. *t.* 14. *d.* 6. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 30. *d.* 30. *&* 31. ſimiliter negotiorum geſtor uſuras nomine domini percipiens, propter moram iterum ad uſuras tenetur, *l.* 10. §. 3. *v. denique. ff. mandat.* 2.) ſi quis ut fidejuſſor uſuras alieno nomine ſolvat, merito rurſus ratione iſtarum uſuras exigit; BERLICH. *p.* 2. *deciſ.* 265. *num.* 3. 3.) ſi debitor ſortem cum uſuris, ab alio ſibi debitis, per delegationem cedit ſuo creditori ob ſortem debitam; BERLICH. *ibid.* denique 4.) aliud obtinet in annuis reditibus [l], quia annuus reditus non eſt acceſſio, ſed ipſum debitum. BERLICH. *d. loc.* CHRISTIN. *vol.* 2. *t.* 43.

XXIII. NON licet etiam ultra alterum tantum petere, h. e. ulteriores uſuras, poſtquam ſorti ſucceſſive ſunt adæquatæ, etiamſi particulariter fuerint ſolutæ [m]. *l.* 27. §. 1. *C. de uſur. Nov.* 121. *c.* 1. *&* 2. *& Nov.* 138. aliud tamen deciſum eſt ab ELECTORE SAXONICO *deciſ. noviſſ.* 29. quod ſcilicet uſuræ, particulariter ſolutæ, currant ultra alterum tantum. Excipitur autem 1.) ſi debitor interpellatus in mora ſolvendi ſortem fuit, & quidem in *d. deciſ.* requiritur judicialis interpellatio; 2.) ſi poſt ſententiam condemnatoriam excreverint; 3.) ſi, quod vere intereſt, petatur, non uſuræ; *l.* 2. §. 8. *ff. de eo, quod cert. loc.* 4.) aliud eſt in annuis reditibus; 5.) in pecunia pupillari. add. CARPZ. *all. l.* & TABOR. *tr. de alter. tant.*

XXIV. AFFINES uſuris ſunt annui reditus redimibiles (*wiederkäuffliche Zin-*

*k*) ISQUE eſt vel ſeparatus vel conjunctus. Hoc fit, quando uſuræ ſorti principali immiſcentur. Illud, quando ſuper uſuris ſpeciale chirographum ſibi exhiberi curat creditor. Uterque prohibitus eſt, ſeparatus vero toleratur eo in caſu, ſi debitori nullum incommodum affertur v. c. ſi debitor dives, qui uſuras ſolvere poſſet, ob proprium tamen commodum uſuras tanquam ſortem retinet MEVIUS *P. IV. Deciſ. CCXIII.* Ubique tamen anatociſmus præſupponit eundem debitorem & creditorem, qui poſterior adhuc adeſt, etiamſi ceſſio interveniat, cum ceſſionarius fiat procurator cedentis. Quotiescunque vero I) debitori per novationem, ſublata priori obligatione, novus debitor ſubſtituitur II) Tertius creditori ſatisfacit, & debitorem priorem ſibi ob utilitatis ejus promotionem obligat, III) adminiſtratores pecuniæ alienæ uſuras exactas non locant, uſuræ ubique naturam ſortis inducunt, & uſuras uſurarum admittunt, vid. *L. XXXVII. D. de uſur.*

*l*) QUO de aſſerto tamen merito dubitabis. Sunt enim annui reditus, ceu mox videbimus, veræ uſuræ, & ideo leges, quæ de anatociſmo & curſu uſurarum ad alterum tantum diſponunt, ad hos etiam reditus pertinent. vid. LEYSER. *Spec. CCLII. med. II. ſeqq.* idque citra diſtinctionem, ſive ſint redimibiles, ſive irredimibiles WERNHER. *P. III. Obſ. LXXII.*

*m*) SI ab iis, quæ de curſu uſurarum ultra alterum tantum in Saxonia Electorali, in duobus caſibus ab Auctore allegatis, ut & ab iis diſceſſeris, quæ in favorem civitatum in NOV. *CLX.* conſtituta ſunt, ut uſuræ particulariter ſolutæ in ſortem non imputentur, leges Romanæ indiſtincte ejusmodi curſum prohibent, ſive particulariter ſolutæ, ſive reſiduæ alterum tantum excedant, ita quidem, ut ne intereſſe quidem ulterius debeatur per claram *L. un. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt.* Nec certe magis privilegiati eſſe poſſunt reditus annui, cum uſurarum rationem eos habere res dudum evicta ſit. Quodque præterea Doctores ſtatuunt, exceptas eſſe uſuras de pecunia pupillari ſolvendas, uſuras ex mora poſt interpellationem vel hominis, vel judicis, vel legis, id abſque lege defendunt.

*ſen*)

*seu*) quando nimirum jus percipiendi annuum reditum, *seu in pecunia*, *seu in frumento*, *similive re*, tanquam merx emitur venditur justo pretio, ita, ut venditori facultas redimendi competat; & quidem restricti etiam sunt hi annui reditus, ut pretio centum thalerorum respondeant quinque *. vid. POL. ORD. *de A.* 1577. *tit.* 17. *§. und nachdem &c.* 9.

## TITULUS XXI. QUIBUS MODIS TOLLATUR OBLIGATIO EX CONTRACTU.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Tolluntur obligationes ex contractu variis modis*. II. *Ipso jure I. Mutuo dissensu*. III. *II. Solutione* L. 46. ff. t. 3. de solution. & liberat. IV. *Personae solventes*. V. *Cui solvatur*. VI. *Pupilli ac minores non recte solvunt absque autoritate tutoris aut curatoris, nec iis tuto solvitur, nisi observatis observandis*. VII. *Totum regulariter solvendum debitum non pars*. VIII. *Et quidem debito loco, ac tempore*. IX. *In quam aestimetur quid solutum, si ex pluribus debeatur causis*. X. *Quomodo probetur solutio*. XI. *III. Acceptilatione*. L. 46. ff. t. 4. de acceptil. XII. *Hujus forma*. XIII. *IV. Novatione*. L. 46. ff. t. 2. de novat. & deleg. *it. delegatione*. XIV. *A qua differt cessio nominis*. XV. *V. Solemni oblatione & depositione. A qua differt oblatio nuda*. XVI. *VI. Compensatione*. L. 16. ff. t. 2. de compensat. XVII. *Debiti sc. utrinque liquidi*. XVIII. *Et in quantitatibus consistentis*. XIX. *Casus, quibus non locum habet compensatio*. XX. *Effectus compensationis*. XXI. *Differt a compensatione retentio*. XXII. *VII. Confusione*. XXIII. *VIII. Rei interitu*. XXIV. *Ope exceptionum etiam tollitur obligatio*. XXV. *Aliquando creditores concurrunt*.

I. TOLLUNTUR obligationes aut ipso jure per contrariam voluntatem; per solutionem; acceptilationem; novationem; delegationem; compensationem; confusionem, & denique per ipsius rei interitum: aut ope exceptionis, vel alius remedii, ut per integrum restitutionem &c.

II. QUOD mutuo dissensu, aut voluntate contraria, contractus consensu constantes dissolvantur, nulla est difficultas, modo re nondum secuta §. 4. *I. quib. mod. toll. obl. l.* 35. *de R. I.* si vero praeter consensum rei traditio accesserit, non tam dissolvitur prior contractus, quam novus initur *l.* 58. *ff. de pact. l.* 1. *C. qu. lic. ab emt. reced.* Praeterea in contractu societatis & mandati obtinet, quod, licet duorum consensu ineantur, unius tamen etiam voluntate, invito altero, dissolvi possint, uti supra dictum, add. *l.* 5. *C. de O. & A.*

III. SOLUTIO (stricte dicta *) est actus, quo id, quod alteri debetur, a

*) ET recte omnino, quacunque demum ratione constituantur. Nam supra jam ad *Lib. II, Tit. XII. §. XVI.* evicimus, censum constitutivum in fraudem legis prohibitivae Juris Pontificii, ne usuras quis sibi de sorte stipularetur, esse inventum, & palliatum continere mutuum, unde merito hujus jure censebitur, nec praeter legem peculiare ejus privilegium est fingendum. Et ne jus quidem prioritatis in concursu creditorum absque legis dispositione facile tuentur. Hoc singulare est, quod debitum hoc singulis annis cedat, nec una praescriptione tollatur *L. VII. §. ult. C. de praescrip. XXX. vel XL. annor.* quod tamen, existimarem, de casu solum intelligendum esse, si non in perpetuum sunt constituti, cum aliae & annuae praestationes perpetuae uni praescriptioni subsint BÖHMER. *Jur. Eccles. Protest. ad tit. de praescrip. §. II. seqq.*

*o*) IMO potius solutio in genere spectata quamcunque liberationem & satisfactionem denotat. *L. LIV. D. de solution.* Specialius autem de actuali praestatione ejus quod debemus accipi-

quocunque naturaliter *sc. numeratione*, *similive facto naturali*, præstatur. *pr. Inst. quib. mod. toll. obl. l.* 49. *de solut.*

IV. Ut solutio liberationem inducat, nihil refert, utrum ipse solvat, qui debet *p*, an vero ejus nomine alius, seu procurator, seu alius quilibet, *d. pr. I. quib. mod. toll. obl. l.* 23. *l.* 53. *de solut. l.* 17. *C. eod.*

V. Alteri autem quam illi, cui debetur, invito creditore solutio fieri non potest, neque liberatio aliqua contingit, add. Maurus *tr. de solut. c.* 5. *num.* 5. Hinc si duo inter se contendant, utri debeatur, is, qui alterutri debet, neutri interim, donec causa fuerit decisa, solvere tenetur, modo caveat de solvendo ei, qui sententia obtinebit. *gl. in l.* 20. *v. ubi autem esset contentio inter duos C. de agric. & cens. & col. Br. ad l.* 38. *fam. herc.* Boerius *decis.* 106. Anton. Faber *ad C. l.* 3. *t.* 22. *d.* 8. Quæri hic solet de famulo seu ministro amanuensi creditoris, an per solutionem ei factam liberetur debitor. Negatur, *arg. l.* 34. §. 4. *de solut.* nisi famulus mandatum, chirographum aut apocham domini sui ostenderit, quo casu solvens famulo liberatur, etiamsi famulus aufugerit. Br. & Dd. *ad l.* 20. §. *fin. ff. commod. l.* 7. *C. mand. & l.* 12. §. 1. *commod.* Castrens. *ad l.* 34. §. 4. *de solut.* vel etiam, si dominus creditor solitus erat exigere credita per hunc famulum integræ fidei, vid. Guid. Pap. *decis.* 173. *num.* 3. Boer. *decis.* 282.

VI. Porro requiritur, quis recte solvat, ut talis sit, qui solvere potest, & ei solvatur, qui liberare debitorem potest: hinc pupilli & minores sine tutoris & curatoris autoritate non recte solvunt, sed solutum vindicare possunt *l.* 14. §. *fin. ff. de solut.* & opus est plerumque judicis autoritate: *l.* 25. *C. de administrat. tut.* ex æquitate tamen receptum est, ut consumta a creditore pecunia, quam vere debuit pupillus, solutio subsistat. *d. l.* 14. §. *fin.* add. Freyer. *tr. de solut. c.* 2. *n.* 42. *seqq.* neque etiam pupilli & similes personæ solutionem accipiendo solventem liberant, sed opus est tutoris autoritate consensuve curatoris. *l.* 15. *ff. de solut. l.* 46. §. 5. *ff. de admin. tut.* Cum vero nec ita omnino tutus sit debitor, quo minus scilicet restitutio in integrum petatur: *l.* 1. *C. si advers. solut.* ideo Magistratus sententia seu decretum necesse est præcedat. *l.* 25. *C. de admin. tut. & §. fin. I. quib. alien. lic. vel non.* quod tamen non pertinet ad has solutiones, quæ vel ex reditibus, vel ex pensionibus, vel aliis hujusmodi causis *q*, pupil-

tur, sive res, sive factum, sive quantitas, in obligationem deducta sit *L. LII. Eod.* Strictissime peragitur, pecunia numerata interveniente *L. XLIX. D. Eod.*

*p*) Modo tamen liberam rerum suarum habeat administrationem, atque, quod solutum est, facere possit accipientis *L. XIV. §. VIII. de solution.* Est enim solutio titulus ad transferendum dominium habilis *L. XVII. L. XX. L. XCIV. Eod.* Hine etiam minus recte solvitur res aliena, quamvis conditionem usucapiendi transferre possit solvens *L. LXXVIII. Eod.* Cæterum, si, qui libere non administrat, alias revera debet & solvit, & solutum tamen repetit, facile exceptione doli submovetur *L. XIV. §. VIII. Eod.* Pari ratione creditor, qui bona fide accipit, quod solvitur, vindicationem timere non debet, quando vel nummos consumsit, vel iidem apud eundem perierint.

*q*) Generatim nota, minus recte tutori solvi sortem, bene tamen usuras, & reditus, cum horum intuitu legale jam habeat mandatum ad accipiendum & liberandum. Quod autem, qui sortem tutori solvit, non statim fiat securus, id inde est, quia tutoris auctoritas personam quidem pupilli integram reddit, non vero tutoris actiones legitimat.

lo vel adulto accedunt. *d. l. 25. verf. non autem. C. de admin. tutor.* add. BERLICH. *dec.* 78. CARPZOV. 2. *c.* 11. *def.* 45. & 46. Notandum etiam eſt, quod ſecundum jus commune Saxonicum inuptæ fœminæ, ſeu virgini ſeu viduæ, etiam ſine curatoris autoritate ſolvi poſſit, ſed nuptæ tuto non ſolvatur ſine curatoris autoritate. PINGIZER. *q.* 33. *n.* 10. FREYER. *d. tr. c.* 3. De jure Electorali vid. *p.* 2. *C.* 15.

VII. CUM ſolutione ejus, quod debetur, liberatio demum contingat, conſequens eſt 1.) ut totum, quod debetur, ſolvi debeat, neque partis præſtatio debitorem liberet; *d. pr. I. quib. mod. toll. obl.* niſi diverſæ ſummæ debeantur [r]; *d. l. fin. quib. mod. pign. ſol.* aut pars debiti ſit illiquida; *l.* 21. *ff. de reb. cred.* vel lex [s] partium præſtationes admittat, velut in heredibus, inter quos ipſo jure obligatio dividitur: *l.* 6. *C. fam. herc. d. l.* 11. & *l. ult ff. de diſtr. pign.* extra quos caſus invito creditori pars debiti obtrudi nequit, vid. *l.* 3. *ff. fam. herc.* adeoque nec ſortem ſine uſuris acceptare creditor tenetur. *l.* 41. §. 1. *ff. de uſur.* CARPZOV. *p.* 2. *C.* 28. *d.* 13. add. DD. *ad l.* 21. *ff. de reb. cred.* 2.) conſentaneum eſt, ut id ipſum, quod debetur, non aliud pro alio ſolvatur; *l.* 16. *C. de ſolut. l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 4. §. 3. *ff. de re jud.* ANTON. THESAUR. *decis.* 153. niſi ex quadam neceſſitate ipſius rei [t], aut pacti, præſtatio dari non poſſit. *l.* 8. *pr. de cond furt. l.* 71. *ſ.* 3. *ff. de legat.* 1.

VIII. SOLVI denique debet opportuno loco: *l.* 39. *de ſolut.* & debito tempore: *l.* 122. *pr. de V. O.* ut enim plus petit, qui ante diem petit, ita & minus ſolvit, qui tardius ſolvit, quam debebat. *l.* 12. §. 1. *de V. S.* §. 33. *I. de action.* ante diem vero etiam invito creditori ſolvere permittitur, quod in diem certum debebatur. *l.* 38. *ſ.* 16. *l.* 41. §. 1. *l.* 137. §. 2. *de V. O. l.* 70. *de ſolut. l.* 17. *de R. I.* MAURUS *d. tr. de ſolut. c.* 92. niſi forte ipſius creditoris gratia dies fuerit adjectus. JOH. A SANDE *l.* 3. *t.* 16. *d.* 1. add. RICHT. *p.* 2. *dec.* 73. FREYERUS *d. tr. c.* 5. *n.* 11.

IX. QUOTIES quis debitor ex pluribus cauſis unum debitum ſolvit, eſt in arbitrio ſolventis dicere, quod potius debitum fuerit ſolutum, & quod dixerit, id erit ſolutum: poſſumus enim certam legem dicere ei, quod ſolvimus. Quoties vero non dicimus id [u], quod ſolutum ſit, in arbitrio eſt accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id conſtituat ſolutum, in quod ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus,

r) ID eſt, ſi debitor debitas ſummas uno eodemque tempore haud acceperit, & ſuper omnibus debitis novatio non acceſſerit. Alias enim particulariter non ſolvit. Hoc ſingulare eſt, quod debitum cum mercatore contractum, *eine Buch-Schuld*, utut non uno tempore acceptum, integrum tamen ſolvendum ſit.

s) QUAE & ſuccurrit debitoribus, qui ob calamitatem publicam ad incytas redacti ſunt v. RECESS. IMPER. *de anno* 1654. *ſ.* CLXXII.

t) QUAE adeſſe cenſetur I) Si id, quod promiſſum eſt certo tempore, ob moram debitoris creditori nunc uſum amplius non præſtet. Tum agit ad intereſſe II) Si res promiſſa non amplius extet, vel factum promiſſum ob impedimentum in perſona debitoris contingens impleri nequeat. Tum iterum in ſubſidium rei æſtimatio præſtanda, vel factum per id, quod intereſt, compenſandum eſt. III) Si quis pecuniam debet, nec tamen ob pecuniæ inopiam ex calamitate publica ortam ſatisfacere poteſt. Tum enim, ſi prædia poſſidet, quæ juſto pretio vendere nequit, debitori permittitur datio in ſolutum, eo effectu, ut creditor prævia æſtimatione ſpeciem pro pecunia accipere debeat *d.* REC. IMPER. *de anno* 1654. *d. l.*

u) HIS in caſibus videtur primo ſolutum in id, quod ſolvere ante omnia ſolemus, nempe in uſuras. Poſtea in ſortem, & quidem principaliter in eam, quam ex graviori cauſa debemus. Sin nulla cauſa prægravet, in antiquiorem cauſam ſolutio facta intelligitur. Si denique nulla

quoque debito se exoneraturus esset, id est, in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat. Permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituat, ut in re sua constitueret; sed constituere in re præsenti, hoc est, statim atque solutum est *l.* 1. *l.* 97. *ff. de solut. l.* 1. *C. eod.* add. HARTMANN. PISTOR. *part.* 3. *q.* 21. BRISSON. *de solut. lib.* 1. *circ. fin.* FREYER. *d. tract. c.* 12. *n.* 18. *& seqq.* Cæterum si nec debitor, quod debitum solutum velit, expresserit, nec creditor id constituerit, in graviorem durioremque causam pecunia imputabitur: *l.* 3. *l.* 5. *ff. de solut.* itaque & in usuras prius, quam in sortem, soluta censebitur. *l.* 1. *C. de solut.* MAURUS *d. tr. c.* 9. BRISSON. *d. l.* GRATIAN. *discept. forens. c.* 224. CARPZ. *p.* 2. *c.* 29. *d.* 16. *seqq.* FREYER. *h. c.* 12. *n.* 33.

X. PROBATUR solutio per instrumenta & testes, vid. MASC. *vol.* 3. *concl.* 1318. *n.* 13. optime tamen per confessionem ipsius creditoris, seu scripturam seu apocham; quandoque præsumtionibus & conjecturis probatur, præsertim in debitis antiquis [x]. vid. MASCARD. *d. l. concl.* 1319. *&* 1320. MENOCH. *de præsumt. l.* 3. *præs.* 135. FREYER. *c.* 11.

XI. ACCEPTILATIO est imaginaria solutio, qua, quod debetur, acceptum fertur, ac si revera esset solutum, *§.* 1. *I. quibus mod. toll. obl l.* 1. *ff. de acceptil.*

XII. JURE Romano hæc certis stipulationum formulis fieri debebat, §. 1. *&* 2. *I. d. tit.* quibus formulis obsoletis, hodie quibuscunque verbis [y], liberationem inducentibus, fieri solet, indeque confunduntur fere hodie acceptilatio & pactum de non petendo: quæ olim in eo differebant, quod acceptilatio ipso jure obligationem tolleret, pactum de non petendo ope demum exceptionis. *l.* 27. §. 2. *ff. de pact.* vid. *aph. penult. h. t.*

XIII. NOVATIO est prioris debiti in aliam obligationem transfusio aut translatio, *l.* 1. *ff. de novat.* estque alia in specie sic dicta, cum scilicet manente eodem creditore & debitore, debiti causa vel modus obligandi mutatur [z]; *d. l.* 1. alia delegatio dicitur, cum debitoris aut creditoris persona mutatur [a]: veluti si debitor alium debi-

antiquior, in omne, quod debemus, pro rata. *L. I. L. V. §. II. L. XVIII. L. CIII. D. de solution.*

*x*) NON tamen ex solo temporis, etiam antiquissimi, lapsu, si semel creditor debitum existere probaverit, nisi præscriptio accesserit. Præsumitur vero v. c. ex cancellatione chirographi *L. XXIV. de probat.* si chirographum penes debitorem existat *L. XIV. seqq. C. de solut.*

*y*) QUOD olim eo minori efficacia fiebat, quo rerius est, nullum pactum nudum obligationem produxisse. Imo ne per acceptilationem quidem aliæ obligationes, quam verbales, tolli poterant, sed opus erat stipulatione Aquiliana, vi cujus aliæ obligationes prius in stipulationem deducerentur, quo stipulatione contraria tolli possent. Sed hodie omne pactum legitime initum, & sic etiam liberatorium, plenam producit obligationem, eo quidem effectu, ut, ubi de voluntate liberandi debitorem constat, ejus ne quidem acceptatio præcise requiratur, cum leges consensum & acceptationem magis præsumant, quam exigant, quod in pactis obligatoriis omnino secus, siquidem jura proniora semper sunt ad liberandum, quam ad obligandum.

*z*) GENERATIM novatio, qualiscunque sit, priorem obligationem perimit, utut non omnis novatio nexum inter creditorem & debitorem tollat. Nam &, si quod ex emto debebam, nunc ex stipulatione, quod sub conditione, nunc pure, quod ex antiquo chirographo, vel contractu pignoratitio, nunc ex novo debere incipio, prior qualitas cessat. Ut sic cautus debeat esse creditor, ne, si novam obligationem perficit, prioris privilegium amittat.

*a*) EA quidem intentione, eoque effectu, ut nexus inter priorem debitorem & creditorem plane tollatur, novaque plane inter novum creditorem & debitorem introducatur. Nam sola interventio novæ personæ non statim tollit pri-

torem ſuum delegat, & alius debitor creditori ſui creditoris ſolutionem promittit. §. 3. *I. quib. mod. toll. obl. l.* 11. *ff. de novat.* GAIL. 2. *obſerv.* 30.

XIV. DIFFERT ab hac delegatione ceſſio nominis[b] ſeu actionis, quæ fit etiam inſcio, imo & invito debitore, abſque ejus novatione, *l. 1. l. 6. C. de nov.* delegatio vero non niſi inter volentes fit. *dd. text.* quare & delegatus priori ſuo creditori ſolvere non poteſt, is autem, contra quem ceſſa eſt actio, priusquam litem conteſtatus ſit, vel ei denunciatum, vel debiti partem ceſſionario ſolverit, priori ſuo creditori adhuc recte ſolvit, & liberatur. *l.* 3. *C. de novat.* vid. LENZ. *de ceſſ. act.* & SANDE *in tr. de ceſſion.*

XV. SOLUTIONIS vice porro fungitur ſolennis oblatio, obſignatio & depoſitio. Hæc ut debite & ſolenniter fiat requiritur 1.) ut creditor recuſaverit debitum, loco & tempore opportuno oblatum; 2.) ut creditor iſte citetur a judice debitoris competente ad videndum deponi; 3.) ut termino præfinito coram eo totum debitum in proba moneta cum uſuris iterum offerat, & numeret: 4.) creditore iterum recuſante, aut plane non comparente, apud magiſtratum obſignetur & deponatur. *l.* 9. *C. de ſolut.* add. SCHULZIUS *tr. de oblat. conſign. & depoſ.* RICHTER. *decis.* 75. Alia vero eſt oblatio nuda, ſcilicet abſque depoſitione, quæ quidem non liberat ab obligatione, ſed ſolum a mora; ſi tamen res ſit immobilis, aut talis, quæ commode conſignari aut deponi non poteſt, ut ſunt equi, boves &c. ſola verbalis oblatio ſufficit. BRUNNEM. & DD. *in L.* 19. *C. de uſur.*

ſtituam obligationem. Sic ceſſio nominis, quando creditor alium ſibi ſubſtituit, qui ſuo nomine exigat debitum, non eſt novatio, ſed ceſſionarius potius ex perſona cedentis, ſalva obligatione, agit, quæ inter hunc & debitorem ceſſum jam aderat. Sic etiam aſſignatio, quando debitor ſuum debitorem ſibi ſubſtituit, ut priori creditori ſatisfaciat, non eſt novatio, ſed manet iterum obligatio inter creditorem & aſſignantem ſalva, nec ille contra hunc actionem amittit, ſi aſſignatarius non ſolvit. Igitur in genere notandum, novationem non præſumi, ſed id nominetenus agere debent creditor & debitor prior, ut priſtinam obligationem tollant, illeque, qui noviter accedit, omnem obligationem in ſe transferat §. III. *J. quib. mod. tollit. oblig. L. ult. C. de novat.* Quamvis non requiratur præciſe, ut verba adhibeantur formalia, *daſs die vorige Obligation caſſiret und aufgehoben ſeyn ſolle,* ſed ſufficiat, ejusmodi facta adeſſe, quæ directo ad animum novandi inferendum ſpectant. Non enim præciſe verba deſiderat *cit. L. ult.* Sed ad voluntatem novandi reſpici jubet, quæ certe & verbis & factis exprimi poteſt *L. IV pr. de pact* SCHILTER. *Exercit. IX. §. XXIII Ex. XXXVII. §. CXCI.* add. LEYSER. *Spec. DXXVI. med. VI. & Spec. DXXVII. med. IV.*

*b*) QUI actus quidem ex parte cedentis re ipſa alienationem involvit, & cum effectu jus cedentis in ceſſionarium transfert, ut eo nomine, quæ de alienatione ſunt ſtatuta, ad nominis ceſſionem recte applicentur. Confer. STRYCK, *Diſſ. de jure non ceſſibili.* Reſpectu vero debitoris ceſſi priorem obligationem non mutat, ſed hujus jura per omnia manent illæſa, nec quicquam illi ratione exceptionum actus inter cedentem & ceſſionarium præjudicat. Fit enim ceſſionarius procurator in rem ſuam, id eſt, quatenus nomen exigit, mandatarius cedentis eſt. Quia vero nomen ipſi ſimul ceſſum eſt, cedenti, quod exegit, non reſtituit, ſed in ſuos uſus convertit THOMASIUS *Diſſ. de exig. uſu L. Anaſtaſ.* §. *VII.* GUNDLINGIAN. *P. VI. membr. II.* Quapropter non opus eſt, ut debitoris ceſſi conſenſus requiratur *L. III. C. de hered. vel action. vendit.* nec quicquam obſtat, ne debitor etiam poſt ceſſionem cedenti cum effectu liberationis ſolvat, cumprimis, quando facta ceſſio ipſi nondum denunciata eſt *d. L. III. C. Eod.* Poſt denunciationem vero factam cedenti ſolvere nequit. Nec tamen ad ſolutionem ceſſionario faciendam recte compellitur, quamdiu ceſſionarius non probavit, ſibi ceſſionem factam eſſe. Conf. LUDOVICI *Diſſ. de legitim. ad cauſ.*

XVI. IPSA re atque ipso jure obligationem tollit compensatio, quæ est debiti & crediti inter se justa & liquida contributio. *l. 1. ff. de compens.* Vis & effectus ejus ipso jure contingit, h. e. actus aut factum non requiritur, nisi hactenus ut objiciatur, alias enim de voluntate compensantis non posset constare judici. *l. fin. pr. & §. 1. verb. objici. C. de compens.* CARPZ. *p. 1. C. 8. d. 6.* Opponi semper & omni tempore potest, etiam post latam sententiam in ipsa executione. *l. 2. C. eod. verb. cum vero* GAIL. 2. *obs. 17. n. 10.* FAB. *d. l. 8. t. 23. d. 2.* CARPZ. *p. 1. C. 8. d. 6. & C. 31. d. 19. n. 6.*

XVII. REQUIRITUR autem, ut utrinque sit debitum liquidum, purum & præsens. *l. ult. §. 1. C. de compens.* Est vero debitum liquidum, quod jure aperto nititur. *§. 30. J. de action. l. ult. §. 1. C. d. t.* seu de quo facile constat, veluti ex confessione adversarii, vel quod statim seu in continenti probari potest. *d. l. ult. §. 1. v. Hoc itaque judices.* Quænam autem sit celeris & parata probatio, & intra quod tempus fieri debeat, cum in jure expressum non sit, arbitrio discreti judicis committitur. MENOCH. *de arb. jud. quæst. l. 2. cent. 1. c. 14.* BERLICH. *p. 1. C. 23. n. 5.* CARPZ. *p. 1. C. 8. d. 13. n. 5.*

XVIII. PORRO locum habet compensatio tantum in quantitatibus, seu in his, quæ pondere, numero & mensura constant *l. 10. §. 2. l. 20. de compens.* add. CARPZ. *p. 1. C. 8. d. 11. & ult.*

XIX. SUNT & certi casus, quibus compensatio locum non habet ob singulares rationes & privilegia. Nimirum 1.) non datur compensatio adversus fiscum in causis tributorum [d] & similibus. Vide *l. 1. l. 3. C. de compensat.* CARPZOV. 1. *c. 8 def. 9. num. 5.* BRUNNEMANN. *in d. l. 1. & 3.* ZANGER. *de exc. p. 3. c. 8. n. 21.* item alimentorum *d. l. 3.* CARPZOV. *d. l. n. 1.* 2.) non locum habet adversus depositum *l. ult. §. 1. in fin. C. de comp. §. 30. in fin. I. de action. ubi* DD. MAESTERT. *tract. de compensat. q. 25.* quod tamen solum accipiendum de compensatione (*ut & retentione rei depositæ*) ex diversa causa: non vero extendendum ad retentionem ob impensas in rem depositam. *arg. l. 18. §. f. ff. com. l. 23. ff. depos. l. 20. ff. de acq. vel amit. poss.* SICHARD. & BRUNNEMANN. *in l. pen. & ult. C. de compensat.*

c) REQUIRIT igitur compensatio I) mutuos debitores, quo nomine tertii debitum compensari nequit, & ne tutori quidem, nomine pupilli aliquid petenti, proprium debitum opponi *L. XXIII. D. de compensat.* Debitor tamen ex persona tertii, a quo causam habet, si alter debitor huic debeat, compensat, v. c. cessionarius ex persona cedentis, fidejussor ex persona debitoris principalis. II) Debita mutua, ut sic nihil intersit, sive ex contractu sive ex delicto proficiscantur *L. V & VIII. C. de compens. L. X. §. II. D. Eod. L. XXXVI. de dol. mal.* Perinde etiam est, sive ex contractu bonæ fidei, sive ex negotio stricti juris proveniant, quod late docui in *Comment. ad Constit. omiss. tit. J. de action. §. XXXIX.* III) Debita ejusdem generis. Nam quantitas cum quantitate, species certæ æstimationis cum specie, quæ pretium affectionis non recipit, compensatur MEVIUS *P. II. Decis. CXXXI.* IV) Debita ejusdem qualitatis. Liquidum enim cum illiquido, debitum conditionale vel in diem cum puro compensari nequit *L. VII. pr. D. L. fin. §. I. C. de compensat.* Cæterum sufficit, verum debitum adesse, utut naturalem solum habeat obligationem *L. VI. D. Eod.*

d) ALIAS si fiscus ex contractu agit, vel etiam ex delicto, quod interesse pecuniarium admittit, compensatio recte opponitur *L. XLVI. D. de jur. fisc. L. III. C. de compens.* Præsupponitur tamen casus, ut eadem statio debeat. Unde si Camera petit id, quod Accisa debet, non compensatur WERNHER. *P. IV. Obs. CIV.*

XX. COMPENSATIO ipso jure fieri[e] dicitur §. 30. *verb. ipso jure I. de action.* Quamvis enim necesse sit, eam in judicio opponi seu allegari, ut de ea constare judici, atque hic de ista judicare possit; *l. 2. l. 13. ff. de compensat. l. ult.* §. 1. *C. eod.* non tamen ex eo tempore, quo istam reus opposuit, vel judex admisit, vires demum habet, sed ex quo aliquid invicem deberi cœpit, jam ipso jure sublatum censetur debitum, quod alter, cui compensationem objicio, exigit. *l. 4. C. de compensat.* unde & usuræ, quamprimum utrinque cœperit eadem quantitas liquido deberi, cessant. *l. 11. l. 12. ff. de compensat. l. 4. l. 5. C. eod.* item pignora ipso jure liberantur. *l. 12. C. de compensat.*

XXI. DIFFERT a compensatione (*stricte dicta*) retentio[f], qua, opponendo exceptionem doli mali vel in factum, quis rem alienam quamlibet legitima ex causa detinet, usque dum id, quod ratione ejusdem rei debetur, ipsi solvatur, *l. 14. ff. de dol. mal. & met. exc. l. 14. §. 1. ff. com. div. l. 27. §. 5. l. 48. ff. de R. V.* MAESTERT. *d. tr. q. 3.*

XXII. CONFUSIO est crediti cum debito in una eademque persona mutua consolidatio & peremtio, cum nimirum creditor debitori, vel debitor creditori, vel tertius utrique heres existit. *l. 21. §. 1. de lib. leg. l. 71. pr. l. 5. de fidej. l. 107. ff. de solut. l. 95. §. 2. eod.* Non vero fit confusio actionum, si hereditas beneficio inventarii sit adita. *l. ult. §. 9. C. de jur. delib. & ibi Dd.*

XXIII. SOLVITUR porro obligationis vinculum per ipsius rei debitæ interitum, quando scilicet certa res seu species debita, sine debitoris facto, & ante moram commissam, interierit *l. 23. ff. de V. O. l. 5. ff. de reb. cred.* Si vero non certa res aut species in obligationem deducta sit, sed genus aliquod, aut res pondere, numero, & mensura constans, seu fungibilis, nullo interitu debitor liberabitur, *l. 11. C. si cert. pet.* porro si culpa debitoris res perierit, *l. 91. pr. & §. 3. ff. de V. O.* aut posteaquam per debitorem steterit, quo minus eam daret, æstimatio rei peremtæ debetur. *l. 82. §. 1. ff. de V. O.* CHRISTIN. *vol. 1. dec. 170. & 172.*

XXIV. HAEC de modis, quibus ipso jure (*aphor. 1.*) tollitur obligatio. Ope exceptionis[g] evertitur, si ipsa quidem in se valida est obligatio, & actio adhuc com-

e) ID est, opposita exceptio compensationis non demum efficaciam habet, quando opponitur, sed effectus ejus retrotrahitur ad tempus, quo mutuum debitum aderat §. XXX. *J. de action. L. IV. C. de compensat.* Ab illo ipso enim momento vim habet solutionis, ut non usuræ solum desinant *L. VI. C. de solut.* sed & reliqui omnes effectus solutionis adsint. Quo sensu compensare idem esse dicitur ac solvere. Nec impedit ideo pactum, licet juratum, vi cujus quis solutionem promisit, ne debitor compenset, cum re ipsa solvat, modo tamen tum se non obligaverit ad solutionem præcise faciendam, ubi jam compensare poterat. In posteriori enim hoc casu compensationi renunciasse videtur, vid. MAESTERTIUM *de compensat. quæst.* XII.

f) ET errant utique, qui retentionem compensationem nominant temporalem. Jus enim retentionis est jus creditoris, rem debitoris permissu legis tamdiu possidendi, quamdiu debitum non exsolvit. Non itaque transfert dominium, nec obligationem tollit, sed jus pignoris tribuit BEYER. *Posit. ad D. tit. de compensat.* §. XXXVII. Interim patet, nemini jus esse retinendi, nisi cui leges id permittunt. Et eatenus etiam nil interest, sive causa retentionis ipsi rei, quæ detinetur, inhæreat, sive aliunde dependeat LUDOVICI *Diss. de Jure retent. ex divers. etiam caus. compet.*

g) HOC in sensu exceptio dicitur defensio, quam a creditore conventus eum in finem objicit, ut intentionem creditoris excludat. Non itaque, quod alii putant, exceptio sola negatione absolvitur, sed assertionem contrariam continet, quo nomine a litis Contestatione negativa satis distinguitur. Erant autem olim exceptiones

petit, sed elidi potest per aliquam exceptionem *pr.* & §. 1. *I. de except.* v. gr. rei judicatæ §. 5. *I. de exc. t. t. ff. de exc. rei jud.* præscriptionis. *t. t. ff. de exc. & præscript.* jurisjurandi, item transactionis §. 4. *I. de exc.* pacti de non petendo. §. 3. *I. eod. t.* Quo refertur casus, quod creditor debiti instrumentum, cautionem sive chirographum, debitori reddidit, videtur enim inter eos convenisse, ne peteretur. *l. 2. §. 1. ff. de pact. l. 7. C. de remiss. pign.* at si dubium subsit, an creditoris voluntate sit redditum, hoc probare incumbit debitori; aliquando, si integræ fuerit existimationis, per juramentum. MENOCHIUS *de præsumt. l. 3. præsumt.* 140. MASCARD. *de Probation. concl. 476. n. 1. & seqq.* FABER *ad C. l. 8. t. 29. d. 1.* CARPZOV. *p. 2. c. 29. d. 12.* alias si præter voluntatem creditoris chirographum in debitoris manus pervenerit, nihilominus pristina superest actio. FABER *ad C. l. 8. t. 3. d. 23.* CARPZOV. *p. 2. c. 29. d. 15.* quod, secundum prudentis judicis arbitrium, creditoris juramento committitur asseverandum. conf. *l. ult. C. de fid. instrum.* GAIL. 2. *obs.* 37. Si vero penes creditorem cancellatum reperiatur chirographum, solutio præsumitur, nisi aliud probetur. *l. 24. ff. de prob.* CARPZ *d. l. d. 2. n. 8.*

XXV. CUM vero aliquando contingat, plures creditores ejusdem debitoris concurrere, ideo addendum est, quis alteri præferatur; qua de re lege sis EXERC. NOSTR. *ad Pand.* 44. *th.* 45. *& seqq.* Spectat etiam huc separationis beneficium, quod traditur *d. Exerc. thes.* 59. *seqq.*

ADD. *L. 3. T. 30. I. quib. mod. toll. oblig.*

## TITULUS XXII. DE IN INTEGRUM RESTITUTIONE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Restitutione in integrum rescinditur obligatio. Illius descriptio & effectus.* L. 4. ff. t. 1. de in integr. restit. II. *Ubi petenda.* III. *Causæ restitutionis in integrum:* IV. *I. Metus justus* L. 4. ff. t. 2. quod met. caus. gest. erit. V. *Unde datur exceptio, vel actio.* VI. *Datur hæc actio in rem scripta contra possessorem rei metu ablatæ.* VII. *Metu præterito solvens non restituitur.* VIII. *II. Dolus* L. 4. ff. t. 3. de dolo malo. IX. *Inde exceptio doli, vel actio.* X. *III. Aetas minorennis.* L. 4. ff. t. 4. de minor. 25. an. XI. *Ob quam non modice læsus restituitur;* XII. *Nisi ordinarie velit agere.* XIII. *Restitutio in integrum cessat ratione ipsius minoris tum 1) ob ejus factum.* XIV. *Tum 2) conditionem.* XV. 2. *Ratione personarum contra quas petitur;* XVI. 3. *Quod semel denegata.* XVII. *Prodest restitutio minori, non aliis, regulariter.* XVIII *Tempus petendi hanc restitutionem* XIX. *Conceditur quoque restitutio Reip. it. Ecclesiæ.* XX. *IV. Capitis deminutio.* L. 4. ff. t. 5. de capit. min. XXI. *V. Absentia.* L. 4. ff. t. 6. ex quib. caus. maj. 25. an. in integr. rest. XXII. *Aliave justa causa seu impedimentum.*

I. PRAETEREA obligatio in se firma aliquando rescinditur per restitutionem in integrum[b], quæ est amissæ rei vel causæ redintegratio, extra ordinem,

vel juris vel facti. Quæ differentia a diversitate Juris Civilis & Prætorii desumta est. Juris enim exceptio dicitur, quando reus se in æquitate Prætorii juris fundat, ut actionem subtili jure competentem excludat. Facti exceptio nominatur, quando reus se contra actorem, quem strictum quoque jus destituit, defendit. Parum vero in effectu inter utramque interesse, & res ipsa docet, & PAULUS jam in *L. CXII. D. de Reg. Jur.* aperte loquitur.

*b)* OMNE argumentum de restitutione in integrum, contra obligationem, quam quis ex ob

ob læsionem factum [i]. *arg. l. 2. C. in f. in quib. caus. in integr. rest. non est nec. l. 24. §. 3. ff. de min. l. 16. pr. l. 44. eod.* Ejus potissimus effectus est, ut in pristinum statum reponat ea, quæ per læsionem fuerunt ablata, *l. 24. §. 4. de minor. l. 35. de V. S.* cui & fructuum restitutio, & omnis utilitas includitur. *d. l. 24. §. 4. ff. de min. l. 22. l. 35. l. 75. l. 81. l. ult. §. ult. ff. de V. S. l. 173. §. 1. ff. de R. I.*

II. Petenda est restitutio in integrum a Prætore, hodie a quolibet Magistratu, jurisdictionem habente, modo sit competens ratione personæ vel rei [k].

III. Subvenit vero magistratus hominibus lapsis aut circumscriptis, sive inciderint in captionem 1.) metu. *l. 1. ff. de in int. rest.* 2.) calliditate seu dolo *d. l. 1.* 3.) ætate 4.) propter status mutationem. *l. 2. d. t.* sive 5.) absentia *d. l. 1.* aliove impedimento, v. gr. errore: quæ ultima causa est generalis. *l. 1. §. 1. in f. ff. ex quib. caus. maj. l. 7. ff. de in int. rest.* [l].

conventione in se susceperat, est ex jure Prætorio, & sub prætextu æquitatis eum in finem inventa, ut, qui ex obligatione jure Civili stricto subsistente læsi essent, remedium haberent, sese ab obligatione liberandi. Quamvis enim alias jus quoque strictum restitutionem in integrum non ignoret, quæ ideo civilis nominatur, & prætorio contradistinguitur, illa tamen ipsa non eum in finem, ut obligatio ex contractu cessaret, sed ideo introducta est, ut vel, qui pœnam subiisset, priorem recuperaret statum *L. XXVII. D. de pœn. tot. tit. D. de sentent. pass. & restit.* vel ex jurejurando legali aut sententia judicis in causa civili condemnatus pristinum jus consequeretur *L. XXXI. D. de jurejur. L. XXXIII. D. de re jud.* Quæ vero postea a Legislatoribus superadditæ sunt restitutiones, v. c. restitutio Reipublicæ in *L. III. C. de Jure Reip.* restitutio contra læsionem ultra dimidium in contractibus permutatoriis in *L. II. C. de rescind. vendit.* ad exemplum Prætoriarum invaluerunt. Interim tamen inter civiles, & Prætorias ratione durationis magnum intercedit discrimen, dum illæ perpetuæ sint, & per XXX. annos durant, hæ breviori spatio finiuntur. In genere vero Prætoriæ subsidiarium solum usum habent, si ipsum jus strictum remedia contractum rescindendi nescit. Utut sibi optime consulant, qui in casu, ubi remedium civile & Prætorium concurrunt, vel hoc præ illo eligunt, vel utrumque cumulant. Eligunt autem recte Prætorium, si pinguius est, & plus promittit. Sic minori ex emtione venditione læso plus omnino spondet remedium restitutionis in integrum, ex capite ætatis a Prætore concessum, & ob quamvis læsionem competens, quam querela de læsione ultra dimidium ex jure Codicis. Denuo iterum minori in alienatione bonorum læso plus promittit restitutio in integrum contra tertium, quocum contraxit, immediate & eo fine urgenda, ut rem iterum consequatur, quam actio contra tutorem. Cumulant deinde recte civile & Prætorium remedium, si incerti sint, quale competat. Conf. Stryck *de action. investig.* Böhmer. *de action. Sect. III.*

*i*) Ex ipso negotio, contra quod restitutionem urgemus profluentem *L. VII. §. I. D. de restit. in integr.* cum casus aut culpa superveniens restitutioni non faciat locum. Sic certe per se patet, læsionem prius probandam, quam restitutionem concedendam esse *L. XXXIX. de adopt.* quod absque causæ cognitione fieri nequit *L. III. D. de restit. in integr.* Judex igitur de restitutione imploratus eam vix concedit, si appareat, læsionem non adesse. Imo si adsit, modica tamen sit, quia hic agitur de rescindendo contractu, ne eam quidem attendit *L. IV. D. Eod.* E contrario autem tum minus recte denegabit, si negotium gestum ita comparatum esse deprehendit, ut per se læsionem contineat *L. VII. §. III. de minor.* Struv. *Ex. VIII. th. XLVIII.* Mev. *P. VII. Decis. CCLXXXVII.*

*k*) Et hactenus nil interest, etiamsi læsio ab eo ipso, a quo restitutio petitur, proveniat *L. XVI §. fin. L. XLII. de minor.* Consultum vero est, ut de restitutione, quæ actioni personali cohæret, judicem domicilii, de ea vero, quæ ex actione reali, vel in rem scripta provenit, judicem rei sitæ imploremus, cum facilior sit executio. Judex vero contractus de restitutione cognoscere nequit *L. II. C. ubi & apud quem* ibique Brunnemann. quia forum contractus solum locum habet, quando de implendo contractu agimus, hic autem de rescindendo negotio sermo est,

*l*) Ut constet, quare Prætor ex his ma-

IV. PRIMA itaque causa in integrum restitutionis est metus, qui est, instantis vel futuri periculi causa, præsens animi trepidatio. *l.1. ff quod met. cauf.* Est vero alius metus justus, alius injustus seu vanus, qui cadit in quemvis meticulosum. *l.5. l.6. d. t.* Causam restitutioni præbet justus metus [m], non qui juste infertur, sed qui merito in hominem constantem cadit. *l.3. §.1. l.4. l.5. l.6. ff. quod met. cauf.*

V. RATIONE metu promissi seu gesti datur vel exceptio contra eum, qui petit. *l.7. §.1. ff. de except. & l.4. §.pen. de dol. mal. & met. except.* vel actio quod metus causa, quæ est actio prætoria, in rem scripta, arbitraria, quæ datur ei, qui mo-

ximie causis, quarum Auctor meminit, restitutionem in integrum concesserit, hoc moneamus necesse est, Romanos in conventionibus civilibus & stricti juris servasse regulam: Coactam voluntatem esse quoque voluntatem *L. XXI. § V. D. quod met. cauf.* cum e contrario in negotiis juris Gentium metus omnem actum vitiaret, GUNDLING. *Diss. de efficient. met. cap. III.* Eodem modo, licet jus Naturæ ob dolum negotium redderet nullum, Romani tamen id denuo in negotiis stricti juris non admittebant *L. XXXIV. de verbor. obligat.* Imo ne bonæ fidei quidem negotia nulla ob dolum declarabant, nisi quis fraudibus ad contrahendum esset inductus *L. VII. pr. D. de dol. mal.* add. NOODT. *de formul. emend. dol. mal.* Utrumque principium ex Stoica Philosophia hauserant, quæ in sapientem metum cadere posse negabat, LIPSIUS *in manud. ad Philos. Stoic. Lib. III. Diss. VI. & VII.* quæque stultum magis, quam sapientem, opinari tradebat, Conf. BUDDEI *Diss. de error. Stoic. in Philos. Moral.* Sed utrumque etiam principiis Juris Naturalis, quæ in conventionibus & verum & liberum consensum requirunt, repugnabat. Quod Prætorem movebat, ut, cum tollere non posset legum dispositionem, obligationem tamen metu extortam & dolosas circumventiones per restitutionem in integrum invalidaret. Porro & Jure Civili stricto minorum conventiones absque curatore celebratæ subsistebant. Et licet postea læsionis evitandæ causa curatores acciperent, non tamen semper curatoris præsentia læsionem impediebat. Quo nomine denuo minoribus læsis Prætor ex capite ætatis succurrere voluit HEINECC. *Antiquit. Lib. I. Tit. XXIII.* Deinde civili jure per emancipationem & adoptionem filiusfamilias in servilem plane causam deducebatur *L. ult. C. de emancip. L. ult. C. de adoption. L. XCVIII. §. VIII. de solut.* & ideo jura privata & actiones stricti juris amittebat *L. II. L. V. § II. L. VI. seqq. de capit. min.* Hæc igitur jura restituit Prætor. Denique Jure Civili stricte dicto & præsens contra absentem, & absens contra præsentem usucapionem rerum inchoare & perficere poterat, quo ipso absentes sæpissime lædebantur *L. XLIV. ex quib. cauf. major.* cum tamen negligentia ipsis imputari non posset. Ob hanc itaque causam Prætor denuo restituit contra usucapionem *L. XXI. Eod.* Tandem in genere illis, qui absque culpa sua læsi erant, ex generali clausula in *L. I §. fin. Eod.* eo effectu succurrit, ne damnum sentiant.

m) QUIS sit justus metus, una vix confici potest regula, quia non una eademque omnibus hominibus est constantia, atque ideo sexus, ætatis, valetudinis, habenda sit ratio *L. V. seqq. D. quod met. cauf.* Idque agnoscit etiam ULPIANUS *in L. III. quib. ex cauf. major.* dum justum metum ex affectu metuentis intelligendum esse ait. Hoc tamen semper necesse est, ut metus oriatur ex præsenti & instanti periculo a tertio repræsentato, qui non quidem jus, voluntatem tamen & facultatem timorem inferendi & nocendi, habet. Præsens autem periculum non præcise illud est, quod jamjam & in continenti instat, sed quod etiam futurum & inevitabile est, minimum tale esse ex verasimilibus causis credi potest *L. I. quod met. cauf. L. XXVII. §. I. Locat.* Inde recte infero I) metum justum non esse, ubi quis solum suspicatur malum futurum *L. IX. pr. D L. IX. C. quod met. cauf.* Nam illi, qui sibi ipsi metum infert, restitutionem denegat *L. XXI. pr. Eod.* II) metum justum non esse metum infamiæ, & ejus periculi, quod privatus cum effectu minari nequit *L. VII. pr. D. Eod.* III) non esse metum justum, qui jure licito infertur *L. III. §. I. L. XXI. Eod. L. LXXXIV. de legat. I.* modo limites servet præscriptos, qui cogit *L. III. L. VII. Eod.* IV) Non esse metum justum, qui infertur ab eo, qui minas exequi nequit V) Esse tamen metum justum etiam absque minis, si aliunde de periculo imminente certo constet LEYSER. *Spec. LVIII. med. III.* VI) esse metum justum,

tu compulsus est aliquid gerere [n], contra quemvis, qui lucrum inde habet, vel rem tenet, intra annum in quadruplum damni accepti, si simplum non restituatur, post annum autem tantum in simplum. Hodie vero pœna ista moribus exolevit, & solum in simplum datur actio.

VI. SINGULARE vero in hac actione est, quod non tantum adversus eum detur, qui ob initio metum intulit, sed adversus omnes [o], qui rem, per vim aut metum nobis ablatam, aut extortam possident, postquam scientes rem, nobis vi aut metu ablatam, restituere recusarunt. *l. 9. §. ult. l. 14. §. 3. ff. quod met. caus. l. 3. C. eod.* actione scilicet in rem scripta, non quod revera sit actio in rem, aut proveniat ex jure, quod quis in rem habet, sed quod indefinite de eo, quod metu gestum est, sine personæ designatione, ad quam dirigitur, sit concepta. *d. l. 9. §. ult.*

VII. SI vero quis, quod metu compulsus promisit, deinde extra metum solverit, non restituitur, quia ante poterat non solvere *l. 23. pr. ff. quod met. caus.* intelligitur enim sponte solvendo novum consensum adhibuisse, & obligationem de novo confirmasse. *l. 2. & 4. C. de his, quæ vi met. caus.*

VIII. DOLUS malus [p] in hac materia dicitur calliditas & machinatio, ad circumveniendum & lædendum alterum adhibita. *l. 1 § 2. ff. de dol. mal.*

IX. SIMILITER ex hac causa datur [q] vel exceptio contra eum, qui petit aliquid ex tali gesto, ad quod alterum dolo induxit. *d. tit. D. de dol. mal. & met. except.* vel actio de dolo, quæ datur ei, qui calliditate alterius deceptus est, adversus decipientem, ad damni illati restitutionem. *l. 1. §. 1. & §. 4. ff. de dol. mal.*

si minæ mortem, verbera, vincula, carcerem loquantur *d. L. VII. § I. D. L. VI. C. Eod. L. XIII. C. de transaction.*

n) EX quo per se patet, prærequirere actionem, ut damnum alicui illatum sit per vim compulsivam. Qui damnum non habet, nec læsum se dicere potest *L. XII. & XIII. D. quod met. caus.* Non tamen ideo negotium, cui metus accessit, etsi reipsa alter damnum non incurrat, validum est, sed vel nullitate laborat, *L. XXI. § III. Eod.* vel alia remedia parit. Deinde, quia vis compulsiva requiritur, locum non habet actio quod metus causa, ex vi ablativa, quippe quæ parit actionem bonorum raptorum, ex vi expulsiva, quæ locum facit interdicto unde vi, ex vi turbativa, quæ producit interdictum uti possidetis, ex vi offensiva, ob quam datur actio injuriarum. Plane vis repulsiva omni jure licita est.

o) HOC tamen inter actionem, quæ contra inferentem metum, & eam, quæ contra tertium bonæ fidei possessorem datur, interest, quod ille teneatur de casu & de fructibus percipiendis *L. XII. pr. D. quod met. caus.* hic vero non respondeat de re extincta *L. XIV. §. V. D. Eod.* nec de fructibus, quos perceptos consumsit add. *L. XVIII. D. Eod.*

p) DOLUS in se quodvis pessimum consilium alteri nocendi, & sigillatim, quando conventionibus sese immiscet, calliditatem involvit & proæresin, alium lædendi & circumscribendi per simulationem & mendacium *L. VII. § IX. de pact.* Non itaque dolus, sed solertia est, quando mendaciis utimur & simulationibus, non ut noceamus, sed ut nostra & aliena tueamur & emolumentum capiamus *L. I. §. II. seqq. de dol. mal.* Quamvis enim & hoc cum honestate pugnare videatur, quando alterum in errorem deducimus, leges tamen omnia ad vivum non resecant, sed multa licent, quæ tamen honesta non sunt *L. XLIV. pr. de Reg. Jur.* Atque hæc solertia dolus bonus vocari consuevit, & omni jure pro licito habetur, modo ad veritatem dicendam specialis obligatio non adsit LEYSER. *Spec. LIX. med. V. seqq.*

q) IN subsidium nempe, quando aliud remedium deficit, idque vel ideo, quia dolus infamat *L. I. § IV. de dol. L. XV. § III. Eod.* Quo nomine contra eos, quibus reverentiam debemus, & contra heredes non datur actio de dolo, nec datur ultra biennium, quamvis leges permittant, ut iis in casibus, ubi actio de dolo plane non potest applicari, verbis in factum tem-

X. SEQUITUR in integrum restitutio minorum, quæ Prætor minoribus, seu puberibus, seu impuberibus, ex contractibus, quos ipsi, interveniente licet tutorum aut curatorum autoritate [r], vel tutores aut curatores soli eorundem nomine inierunt [s], læsis, causa cognita succurrit. *tot. tit. D. & C. de in integr. rest. min.*

XI. UT vero hæc restitutio locum habeat, requiritur 1.) ætas minorennis [t], uti dictum. 2.) læsio, & quidem non modica per *l. 4. ff. de restit. in integr.* scilicet ob istam ætatem, *l. 1. §. 1. l. 44. ff. de minor.* seu in judicio seu extra judicium fuerit læsus.

XII. COMPETIT tamen quandoque minori electio, utrum ordinarie, an vero extraordinarie per restitutionis auxilium sibi consultum velit. H. PISTOR. *p. 1. qu. 12. n. 7.* FABER. *ad C. l. 5. t. 39. d. 2. num. 6.* CARPZ. *p. 2. C. 11. d. 34.*

XIII. CESSAT hoc beneficium primo ratione ipsius minoris, tum I. propter ejus factum: ut 1.) si dolose majorem se dixerit *l. 2. C. si min. major. se dix.* nisi concurrente dolo adversarii hoc fiat. *l. 3. vers. quod si. C. d. t.* GAIL. *2. obs. 65.* 2.) si, major factus, comprobaverit, seu ratum habuerit gestum [u]. *l. 1. l. 2. C. si maj. fact. rat. hab.* vide *l. 3. §. 1. ff. de minor.* nisi dolo fuerit inductus, *d. l. 3. §. 1. ff. de minor.* add. EXERC. NOSTR. *ad Pand. 8. th. 52.* 3.) si veniam ætatis a Principe impetraverit. *l. 1. C. de his, qui ven. æt. impetr.* quæ conceditur masculis viginti, fœminis octodecim annis majoribus; modo illam ætatem recte probent, ac morum honestatem & frugalitatem, *l. 2. pr. & §. 1. & 2. C. d. t.* 4.) si juramento minor gestum confirmaverit. *l. 1. & auth. sacramenta puberum. C. si adv. vend.* add. GAIL. *2. obs. 41.*

peratis actione in factum subsidiarie experiamur *L. XI. §. I. L. XXVIII. seqq. Eod.*

r) QUANDO enim soli minores vel pupilli contraxerunt, restitutione non opus, sed contractus ipso jure nullus est, & minor rem datam extantem recte vindicat, consumtam condicit, nondum datam exceptione nullitatis conservat, add. *L. III. C. de in integr. restit. L. II. sqq. C. si tut. vel cur. interv.*

s) ITAQUE, ut aliquid cum minore sit gestum, requiritur, unde damnum vel grave incommodum sustineat *L. I. §. I. de minor. L. XLIV. de recept. qui arbitr.* Delicta huc non pertinent *L. XXXVII. pr. de minor. L. I. C. si adv. delict.* Quod autem ad reliqua minorum negotia attinet, perinde est, quacunque ratione sint læsi. Sive enim quid gesserint, unde læsio positiva oritur, sive quid gerere omiserint, quod læsionem privativam operatur, & utilitatem intercipit, sive oneri, quod suscipere non licuit, sese subjecerint, sive in judicio, sive extra judicium læsi sint, ubique restituuntur *L. VII. §. VI. L. XLIV. de minor.* Solæ fere actiones, quæ ad meram vindictam tendunt, amissæ, exceptæ sunt *L. XXXVII. pr. D. Eod.* Nam si præterea & rem persequuntur, adhuc restituuntur, quod exemplo querelæ inofficiosi testamenti probari potest *L. I. C. de in integr. restitution.* Cæterum ubique præsupponendum est, posse rem in pristinum statum deduci. Sic minor non quidem contra matrimonium consummatum STRUV. *Exerc. VIII. th. LVII.* bene tamen contra matrimonium consummandum restitui potest in integrum BERGER *El. Proc. matr.* § XVIII. BÖHMER *Diss. de restit. in integr. contr. spons. pur. minor. & in Jur. Eccles. ad tit. de sponsal.* § LXXIII. *seq.*

t) HABETUR vero pro minorenni, cui vel una hora ad ætatem legitimam deest, *L. III. §. III. de minor.* Cumque, ceu diximus, nil intersit, utrum judicialiter, an extrajudicialiter, confectum sit negotium vid. *L. XI. C. de prædiis & al. reb. minor.* dubium non est, quin recte restituatur minor contra negotium, quod majorennitati proximus, judiciali auctoritate interveniente, gessit, LEYSER. *Spec. LX. m. d. I.*

u) SIVE expresse, *L. I & II C. Si major. fact. rat. habuer.* sive tacite. Hoc fit, si vel adepta majorennitate sciens quid gerit, quod necessariam probationem negotii antea gesti continet *L. III. §. I. & II. D. de minor.* vel tempus petendæ restitutioni destinatum præterlabi patitur *L. ult. C. de tempor. in integr. restit.*

XIV. Porro II. ob minoris conditionem non datur restitutio, si læsum se esse dicat in causis ac negotiis illius artis, quam profitetur [x], Maurit. *de rest. in integr. c.*223. Hillig *ad Donell lib.*21. *c.*11. *lit. b.* vid. Brunnemann. *ad l.*1. *C. qui & adv. quos in integr. rest. non poss.*

XV. Secundo cessat hoc beneficium ob personas; contra quas postulatur: sic non datur 1.) contra gesta cum parentibus & patronis. *l. fin. C. qui & adv. quos.* tum propter reverentiam ipsis debitam, tum quia non præsumuntur ab istis læsi, sed contra tertium [y] potest petere restitutionem minor, licet ille regressum habeat contra patrem *arg. l.*2. *C. si adv. don.* add. Sfort. Odda *q.*18. *art.*2. *n.*12. item contra factum quidem patris, ex quo tamen nullum lucrum pater accipere potuit *l. ult.* §.6. *C. de bon. quæ lib.* Brunnem. *in d. l ult.* filia quoque restituatur adversus matrem tutricem, secundo nubentem [z]. vid. *Nov.* 155. *c.*1. 2.) minori capto contra minorem æque læsum [a] vid. *l.*11. §. *pen. l.*34. *ff. de minor.*

XVI. Caeterum semel denegata restitutio iterum petenti ex una eademque causa non conceditur [b]. *t. t. C. si sæp. rest. in integr. postul.* Licitam vero esse a sententia, qua denegata primum restitutio fuit, appellationem, vel etiam contra hanc omissam minorem restituendum, tradunt interpretes *ad l.*1. *C. d. t.*

x) Quod tamen rationis magis est, quam ex legibus Romanis evincitur. Tanta enim vis *L. VI. C. de muner. patrim. L. I. C. de his, qui ven. ætat. L. III. C. si minor. se major.* ad quas provocant, non inest, ut afferto patrocinium spondeat Lauterbach. *Diss. de jur. in curia mercat. usit.* §. XLVI. At tamen, qui artem profitetur, & imperitia sua damnum incurrit, restitutione indignus est, cum sua culpa damnum sentiat add. Mevium *ad Jus Lubec. P.* III. *tit.* VI. *art.* XXI. *n.* 26.

y) Quod negavit quidem Berger. *in Diss. de restit. in integr. ob rever. deneg.* § XXVIII, sed mutavit sententiam in *Comment. pec. ad* L. II. *C. qui & adversf. quos.* Et recte. Nam *d. L.* II. de casu solum loquitur, quo liberi contra ipsos parentes restitutionem urgent. Contra tertium vero eandem concedi, etiamsi jussus vel factum patris intervenerit, patet ex *L. III.* §. *V. d. de minor. L. II. C. si adversf. donat.*

z) Generatim præsupponitur, restitutionem urgeri contra parentes, qua tales, & veros. Neque enim ad novercam, neque ad patrem adoptivum, neque ad matrem tutricem, neque ad matrem binubam *L. II. C. qui & adv. quos* pertinet, add. Nov. *LV. cap. I.* Utut vero hac ratione nonnunquam cesset restitutio in integrum, non tamen cessat actio in factum, ut læsio reparetur, add. Stryck. *Us. Modern. D. tit. de minor.*

a) Quod tamen fallit, si, qui restitutionem urget, de damno vitando, & alter de lucro captando certet *L. XXXIV. D. de minor.* Idque usu fori tum semper fieri creditur, si quis contra fatalis lapsum restitutionem urgeat. Deinde regula, quod privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, intelligenda solum est, de privilegio ejusdem generis. Quod si enim minor cum privilegiato concurrat, cujus privilegium non est æqualis roboris, ille adhuc restituitur *L. XI.* §. *VII. L. XII. Eod.* Et sic, existimarem, semper jus minoris prævalere, si cum eo res sit, qui exemplo minoris restitutione utitur.

b) Regulam inde desumunt Practici, non dari restitutionis restitutionem. Sed hæc universalis non est, & tum demum vera, quando quis contra denegatam restitutionem, quæ vires rei judicatæ obtinuit, denuo restitutionem urget. Ita enim accipienda est *L. I. C. Si sæpe in integr. restit.* & temperanda simul, ut restitutio restitutionis locum habeat, si nova causa emergat *L. II. C. Eod.* Adversus concessam vero restitutionem ex eadem causa nova datur restitutionis petitio *L. VII.* §. *IX. D. de minor.* Imo & super eadem re, v. c. super fatalis lapsu, sæpius restitutio peti & concedi potest, vid. Wernher. *P. I. Obs. CCCXIX.* quousque sententiæ clausula comminatoria, *bey Verlust des Beneficii restitutionis in integrum*, nondum addita est Idem

XVII. PRODEST restitutio in integrum regulariter soli minori læso *l. 3. §. 4. ff. de minor.* ejusve heredi [c] *l. 95. §. 3. de solut.* aliquando vero etiam socio [d], si causa fuerit individua. COLER. *Dec. 175.*

XVIII. PETENDA est hæc restitutio intra quadriennium *l. ult. pr. C. de tempor. in integr. rest.* quod currere incipit *etiam ignoranti* [e], ex quo primus vicesimi sexti anni (*jure Saxonico* 22.) dies illuxerit. *d. l. fin. pr.* Si quis autem veniam ætatis impetraverit, ex eo die illud quadriennium computandum, quo venia concessa, ita tamen, ut si forte e. gr. 18. anno venia impetrata, nihilominus usque ad initium vicesimi sexti restitutio ratione eorum, quæ ante impetratam veniam gesta, competat. *l. 5. C. d. t.*

XIX. EXEMPLO minorum auxilium restitutionis implorare quoque permittitur Reipublicæ aut universitati [f], cum & hæc facile lædi possit, & per administratores regatur. *l. 4. C. ex quib. caus. maj. l. 3. C. de jur. reip.* Ex simili ratione competit hoc beneficium Ecclesiæ, aliisve piis locis læsis *c. 1. 2. 3. & 7. X. de restit.* & quidem intra quadriennium a tempore læsionis [g] *d. c. 1. X. de in integr. rest.* add. RICHTER. *dec. 71. n. 31.*

XX. QUARTAM causam restitutionis in integrum diximus esse capitis deminutionem, & quidem minimam, quæ jure Romano perimebat obligationes, verum hodie hujus rei nullus est usus [h].

*Supplem. Vol. VII. ad d. Observ.* CARPZ. *P. I. Const. XVI. def. VIII.*

c) QUORUM intuitu distingue, utrum & ipsi minores sint, an majorennes. His tempus, intra quod minor restitutionem petere potuisset, statim ab adita hereditate currit *L. V. C. de tempor. in integr. restit.* Illi ex sua potius, quam ex defuncti minoris persona restituuntur, & sic tempus restitutionis ipsis demum currit post adeptam majorennitatem *L. XIX. D. de minor.*

d) NUNQUAM vero illi, qui obligationi minoris fidejubendo accessit, imo minor contra hunc ipsum restitui potest *L. XIII. pr. de minor.* Si tamen præter ætatem & alia restitutionis causa adest, quam fidejussor etiam urgere posset, v. c. dolus, huic restitutio omnino prodest *L. II. C. de fidejuss. minor.* Quod autem ad socios minorum attinet, qui majorennes sunt, illis in causa individua impetratam restitutionem prodesse, leges clare loquuntur *L. IV. §. IV. Si serv. vind. L. XXIX. §. I. de minor. L. un. C. si in commun. ead. caus.* Quænam vero sit causa individua, non convenit. Mihi ea tum adesse videtur, quando jus minoris & socii ita connexum est, ut jus minoris salvum esse nequeat, nisi major simul restituatur. Quare facile patet, in negotiis pecuniariis ejusmodi connexionem non adesse. Imo, ne quidem simpliciter adest, si fatale neglectum sit, quod alias defendit MARTINI *in Anal. forens. tit. XX.* sed, objectum litis hic maxime respiciendum esse, recte monet WERNHER. *P. I. Obs. CXII. & Suppl. Vol. VII. ad d. Obs.*

e) QUIA vero ille, qui nescit, experiundi potestatem non habet *L. VI. de calumniat.* & non valenti agere non currit præscriptio, merito dixeris, tempus a quo currere demum a die scientiæ. Atque ita declaranda est *alleg. L. fin.* add CARPZ. *Lib. II. Resp. XCVI.* LEYSER. *Spec. LX. med. V.*

f) HUIC tamen, ut & fisco, aliisque Collegiis competere beneficium restitutionis in integrum, nulla lege probari potest. Sed non dubitarunt Doctores, quin dispositionem *L. III. C. de jur. Reip.* ad fiscum, tanquam ad patrimonium Reipublicæ, aliasque universitates per extensivam interpretationem applicarent.

g) ET quidem cognitæ, sic vero simpliciter a die scientiæ. Quam cum non facile acquirant universitates & collegia, quam post mortem rectoris male administrantis, currere ideo incipit præscriptio a tempore successoris, ut primum scivit, illicitam esse alienationem ZIEGLER. *ad Lancell. Lib. III. Tit. XVIII. §. III.*

h) NAM neque emancipatio amplius amissionem jurium privatorum operatur, sed patriam potestatem simpliciter resolvit, neque adoptio cum decremento jurium conjuncta est, sed conditionem adoptati meliorem facit.

XXI. RESTAT restitutio ex clausula generali in *l.* 1. *ff. ex quib. caus. maj.* & quidem vel ob absentiam [i], vel ex justa causa, quæ veniam meretur singularem, restitutio conceditur [k]. Absentia intelligitur laudabilis, vel etiam casualis, ut si quis vinculis detineatur a latronibus, vel hieme & navigatione impeditus absit, item absentia voluntaria honesta, ut si mercator absit. *l.* 36. & 42. *ff. ex quib. caus. maj.* plane vero non restituuntur, qui dolo seu malitiose absunt.

XXII. CAETERUM istius clausulæ, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur*, exempla occurrunt [l] in toto isto titulo, & ne nimis sit vaga, fundamentum ejus considerandum, quod in eo consistit, ut ob impedimentum aliquod læsus, quod non poterat avertere, debeat restitui in integrum. *l.* 26. *in f. dict. tit.* Ejusmodi impedimentum est 1.) error & ignorantia, istis scilicet casibus, quibus leges errori & ignorantiæ quid indulgent. Exempla occurrunt in *l.* 1. §. *ult. ff. quod fals. tut. gest. in l.* 1. §. 5. *eod. l.* 11. §. 5. *quod vi aut clam.* §. 33. *I. de action.* add. SFORTIAS ODDA *de restit. in integr. p.* 1. *q.* 8. *art.* 7. BERLICH. *decis.* 40. & 41. 2.) si ob casum aliquem fortuitum, vel ejusmodi impedimentum, quod in ipsius potestate non fuit avertere, quis læsus fuerit. SFORT. ODDA *qu.* 23. *art.* 1. Huc etiam 3.) referunt, si quis ob paupertatem non potuerit jus suum persequi. *c.* 8. *X. de appellat.* CORNEL. BENINCAS. *tr. de privil. paup. qu.* 4. *num.* 18.

*i*) OLIM ob quamvis absentiam justam, propter quam quis læsus erat, modo defensorem non habuisset *L.* XXI. §. II. *L.* XXII *ex quib. caus. major.* Prætor restituebat. Sed postea Jure Civili in *L.* II. C. *de annal. except.* proditum est remedium protestationis, vi cujus eo in casu, si absens contra præsentem præscriberet, præsens præscriptionem interrumpere poterat. Et ideo hoc in casu restitutio cessat, & usum solum habet, si præsens usucepit contra absentem.

*k*) TU nota sequentes regulas I) Ob absentiam laudabilem, qualiscunque sit, & indifferentem necessariam restitutio semper locum habet, & quidem indistincte, si procuratorem quis non habuit *L.* VII. *seqq.* L. XXVIII. *D. ex quib. caus. major.* in subsidium, si procuratorem habuit, ille tamen solvendo non est *L.* XXXIX. *Eod.* vid. WERNHER. *P.* II. *Observ.* CCCXCI. ubi etiam ad Leges obstantes respondet. III) Ob absentiam voluntariam vituperabilem nunquam datur restitutio *L.* II. §. IX. *si quis caution.* IV) Ob absentiam voluntariam indifferentem vel vituperabilem necessariam tum datur restitutio, quando absens vel ante discessum procuratorem invenire non potuit, vel invenit quidem, sed indefensus mansit, & procurator non est solvendo, *L.* XXVI. §. I. *Ex quib. caus. major.* STRUV. *Ex.* VIII. *th* LXXIII. V) Restitutio nulli absenti conceditur, si vel apparet, eum, etsi præsens fuisset, læsionem tamen non fuisse evitaturum *L.* XLIV. *D. Eod.* vel tamen aliqua notabilis ejus negligentia concurrat *L.* XVI. *D. Eod.* add. LEYSER. *Spec.* LXIII. *med.* II. & VI.

*l*) QUO nomine vehementer errant WESENBEC. *ad tit. D. Ex quib caus. major. n.* 10. WISSENBACH. *ad Digest. Diss.* XV. §. VII. SCHILTER. *Ex.* XI. *th.* XXIX. quando, clausulam generalem ad alios casus, præter absentiam extendi posse, negant. Alia enim impedimenta etiam & casus fortuitos Prætorem cogitare, constat aperte ex *L.* I. *pr.* & §. I. *D. L.* III. *C. Ex quib. caus. major.* §. *V. J. de hered. qual.* §. XXXIII. *J. de action. L.* I. §. IX. *de itiner. act. priv.* Generatim vero tum semper locum habet, quando læso neque dolus neque negligentia imputari potest, & læsio reipsa adest. *L.* XVI. *D. ex quib. caus. major.* Sic facile patet, & illi succurrendum esse, qui procuratoris imperitia & negligentia lapsus est, modo suum a procuratore consequi nequeat UMMIUS *Disp. ad Proc.* III. *n.* 52. BERGER. *Oec. Jur. p.* 897. WERNHER. *P.* II. *Obs.* CCXCI. Nec immerito restituitur, qui læsus est, dum auctoritatem judicis vel celebris JCti secutus est LEYSER. *Spec.* LXIV. *med.* IV. Non vero succurritur illi, qui vere contumax est WERNHER. *P.* X. *Obs.* CCCLXXIV. add. tamen LEYSER. *Spec.* XXXIII. *med.* I. Non excusat sola rusticitas, non sola cæcitas, non sola se-

# TITULUS XXIII. DE DELICTIS IN GENERE, ET IN SPECIE DE DELICTIS PRIVATIS.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Delicti descriptio.* II. *Divisio*, L. 47. ff. t. 1. de privat. delictis. III. *Species delictorum privatorum: I. Furtum:* L. 47. ff. t. 2. de furtis. IV. *Ejus pœna hodierna;* V. *Quæ quandoque mitigatur.* VI. *Potest etiam fur conveniri rei vindicatione; item condictione furtiva.* L. 13. ff. t. 1. de condictione furt. VII. *An heredes furis suspensi conveniri possint.* VIII. *II. Injuria*, L. 47. ff. t. 10. de injur. & famos. lib. IX. *Quæ consistit in animo injuriandi.* X. *Vindicatio injuriæ.* XI. *Actione injuriarum civiliter agitur,* XII. *Vel criminaliter.* XIII. *Præterea datur actio ad palinodiam.* XIV. *Nec non retorsio injuriarum.* XV. *Tollitur actio injuriarum 1. morte, 2. Præscriptione, 3. Dissimulatione, 4. Declaratione.* XVI. *Famosi libelli descriptio.* XVII. *Qui hujus criminis se faciat reum.* XVIII. *Ejus pœna.* XIX. *III. Damnum injuria datum* L. 9. ff. t. 2. ad legem Aquiliam. XX. *Ejus hodierna coercitio.* XXI. *IV. Vis bonorum raptorum.* L. 47. ff. t. 8. de Vi bonor. rapt. & turba. *Ejus hodierna pœna.*

I. DELICTUM est quælibet offensio, contra jus dolose illata, qua quis se, quasi per contractum, vindictæ legis subjicit, ac quasi in pœnam, quam scelere suo promeruit, consentire videtur. Vel delictum in genere est factum in se illicitum [m], immediate contra legum prohibitionem sponte commissum, quo ad præstan-

nectus, non sexus tantum, non sola paupertas, sed sufficiens causa adesse debet, eaque tum paupertatem sigillatim comitari censetur, si pauper in negotio, quod ob penuriam expedire non poterat, læsionem incurrat, & sic damnum habeat, quod vel ideo, quia sumtibus opus erat, ut averteretur, non poterat avertere MEVIUS *Decis.* CLXXVIII. Noluerunt igitur nuper JCti Jenenses pauperi restitutionem concedere, qui fatale probationis neglexerat, & ne dilationem quidem termini impetraverat.

*m*) RECTIUS dixeris, delictum esse contraventionem legis vel prohibitivæ vel præceptivæ pœnalis. Nam, ut absque lege nulla est obligatio, ita nec absque lege obligatio ad pœnam subeundam. Et multa illicite perpetrantur, quæ tamen pœna non expiantur in foro civili, ob legis silentium. sed vel conscientiam solum onerant, vel honestati repugnant. Modo vero lex pœnam minetur, id sufficit, nec præcise opus est, ut pœnam certam statuat. Et eatenus inter legem prohibitivam & præceptivam nil interest, cum & negligentia & omissio facti, quod lex expediendum jubet, pœnam mereatur, quando lex eam præstituit. Quod adeo verum est, ut, si unice ex lege prohibitiva delicta vellemus æstimare, omne fundamentum distinctionis inter delicta dolosa & culposa corrueret. Dum vero delictum in contraventione legis consistit, facile patet, actum præsupponi voluntatis, qui exterius se exerit. Quare in foro humano cogitationis pœnam nemo luit *L.* XVIII. *D. de pœn.* Imo nec ille puniri potest, qui nescit, quid agit. Sigillatim pœnæ non subest infans, & furiosus *L.* XII. *D. ad L. Cornel. de sicar.* In somno, qui delinquit, impunitate gaudet. Qui vero scit, quod agit, illeque, qui avertere potuit aut debuit animi deliquium, pœna omnino dignus est. Sic etiam dormiens, si vigilare debuisset, sic ebrius, qui temperanter vivere, sic iratus, qui affectum cohibere debuisset, recte punitur. Quamvis in Praxi his in casibus aliquid humanæ imbecillitati dare, & mitius cum ejusmodi hominibus agere soleant. Verum & in eo, qui scit, quod agit, certi gradus sunt observandi. Hujusque intuitu, qui infantiam mox egressi sunt, si delinquunt, coercentur solum & castigantur, qui pubertati proximi sunt, extra ordinem puniuntur, imo &, si malitia ætatem suppleat, pœna ordinaria afficiuntur. Minores nunquam excusantur, sed solum, ubi ultimum meruerunt supplicium, indistincte fere capite plectuntur. vid. CARPZ. *Pr. Crim. Qu.* CXLVI. *sq.* STRYCK. *Diss. de pœn. impuber. cap.* IV. *per tot.* Denique & ipsa contraventio suos habet gradus, quos in dictitanda pœna respiciamus necesse est, nisi lex, ut in crimine perduellionis, omnem distinctionem rejiciat *L. V. pr. C. ad L. Jul. maj.* Alias multum in-

dum

dum quid, patiendumve quis se obligat. *l.25. §.1. l.4. ff. de O. & A. pr. I. de obl. q. ex. del. nasc.*

II. DELICTA distinguntur juxta Leges Romanas in privata, extraordinaria, popularia & publica. Privata vocantur *, quibus potissimum privatus læditur, & inde ipsi actio datur, ut sunt furtum, injuria, damnum, & vis bonorum raptorum.

III. FURTUM est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia°, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve §.1. *I. de obl. quæ ex del. nasc. l.1. § fin. ff. de furt.*

IV. HODIE hoc delictum pœna strangulationis coercetur, & quidem, secundum ordinationem criminalem Carolinam ᵖ, juxta certas distinctiones, quas legere est in

ter conatum & ipsius delicti consummationem interest. Hanc enim ordinaria pœna sequitur. Ibi variat pœna, prouti conatus in actu remoto substitit, vel ad actum proximum pervenit.

n) IPSA distinctio inter delicta privata & publica magnum in Jurisprudentia Romana habet usum, horumque delictorum differentia specifica in eo consistit, quod læsus ex delicto privato non de læsionis solum reparatione, sed & de pœna, ad quam lædens se obligaverat, sibi adjudicanda, civiliter agere, ea vero ratione & læsionem & pœnam tanquam interesse privatum persequi posset. Sed ob delicta publica criminalis persecutio erat comparata per accusationem eum in finem expedienda, ut Reipublicæ ob reatum satisfieret. Eoque nomine læso commodum & emolumentum ex pœna non oriebatur. Verum hodie hæc distinctio usum non præstat, sed omnis contraventio legis publica expiatur pœna, nec læso ad pœnam acquirendam utilis est, unico exemplo de actione injuriarum æstimatoria, de qua infra, excepto. Quare, si quis ex delicto læsionem incurrit, quæ satisfactionem admittit, hanc solum actione civili prosequi potest. Reatus semper a læsione distinguitur, ejusque intuitu Reipublicæ satisfit. Hoc unum vero arbitrio læsi, qui conqueritur, relinquimus, ut quæstioni de reparanda læsione possit admiscere, implorationem de pœna lædenti dictitanda, quam promeruit, ita tamen, ut judicis arbitrium ubique salvum maneat.

o) QUAM hic ex Jure Romano Auctor suppeditat distinctionem inter furtum rei, usus & possessionis, hodie denuo non magni usus est. Depositarius enim, qui re custodiæ commissa utitur, commodatarius, qui rem ad alium usum adhibet, contractus fidem violat, & debitor, qui creditori pignus aufert, spolium committit. Quod quidem pœnam extraordinariam operari potest. Nisi vero cum furto usus furtum simul rei, vel depositum & commodatum intervertendo, vel ejus acceptionem dolose & animo lucri faciendi negando, concurrat, furti pœna locum non habebit CARPZOV *Qu. Crim LXXXV.* BERLICH. *P. V. Concl. LVII.* TABOR. *in Racemat. p 584.* Cæterum quod furtum rei attinet, proprie id tum adest, quando hæc concurrunt, ut I) res auferatur. Solus animus auferendi nondum sufficit, nisi quis rem jam abstulerit, eaque ipsi iterum erepta sit. Sic etiam, qui causa solum moralis furti est, proprie non furatur, sed extra ordinem punitur, nisi & ipse partem de furto tulerit. II) Res aliena auferatur. Qui rem propriam aufert, jus suum amittit. III) Auferatur invito domino. In rem, quæ dominum vel plane nullum, vel incertum habet, furtum non committit. Ita proprie rei hereditatis jacentis, rei inventæ, quousque dominus ignoratur, furtum non fit IV) Auferatur animo lucrifaciendi Sic, qui vescendi causa vineam ingreditur, qui surripit, ut jus retentionis exerceat, qui aufert, ne fame pereat, dum prius, ut sibi detur, petiit, & repulsam tulit, nemoque alius est, qui misericordiam exerceat, furtum non committit.

p) IN eo tamen Nemesis Carolina cum Jure Saxonico conspirat I) quod furtum qualificatum, id est, cum violentia commissum, citra distinctionem quantitatis, & insuper habita restitutione, ultimo supplicio afficiatur. Et convenit *Constit. Crimin. art. CLIX.* ut furtum qualificatum dicatur, quod vel ascensione, vel effractione, vel armis fit BEYER. *ad d. art CLIX.* In Praxi tamen eadem conjunctim requirunt, & effractionem violentam, seditiosam & coadunatis hominibus vel armis factam desiderant: CARPZ. *Qu. LXXIX.* II) Quod furtum tertium, etiamsi parvum sit, & restituatur, ultimo suplicio afficiatur, cum ejusmodi fur pro inemendabili habeatur *vor einen verleumbden Dieb* C. C. C. *art.* CLXII. Quia vero vix scire possumus, num spes emen-

EXC. NOSTR. *ad Pandect. XLVIII. th.* 21. Jure vero Saxonico Electorali is, qui ultra quinque aureos Ungaricos furatus fuerit, laqueo punitur. *p.* 4 CONST. ELECT. 32. *ubi* add. CARPZ. In collegio Juridico Jenensi non dictitatur pœna suspendii, nisi furtum sit 20. Joachimicorum: alias fustigatio, relegatio vel carceris pœna, juxta varietatem rei ablatæ & circumstantiarum, infligitur.

V. MITIGATUR vero etiam hodie pœna 1.) si furtum inter parentes & liberos commissum, vid. CARPZ. *in pr. Crim. p.* 2. *q.* 82. *n.* 42. 2.) si inter conjuges, *Ord. Crim. art.* 165. præterea 3.) ob consanguinitatem intercedentem inter furem & eum, cui res surrepta, mitior pœna infligi solet CARPZ. *d. p.* 4. *C* 38. *d.* 4. *&* 5. 4.) impuberibus, non vero minoribus. ORD CR. *art.* 164. 5.) inventori, mala fide rem occultanti, 6.) administratori & tabellariis pecuniam furantibus, CARPZ. *p.* 2. *Pr. Crim. q.* 85. 7.) ad furandum opem consiliumve præstanti, nisi ad ipsum furandi actum auxilium quis præstiterit, aut de furto participaverit, CARPZ. *d. l.* 8.) furum furtorumque receptatoribus, CARPZOV. *d. p.* 2. *q.* 87. 9.) ementibus scienter res furtivas, *idem all. l. num.* 44. 10.) rem ablatam restituentibus, CLUD. *tr. de cond. furt. c.* 50. *num.* 60. 11.) piscantibus in alienis rivis, aquis & fluminibus, vid. ORD. CRIM. *art.* 169. CARPZ. *d. p.* 2. *qu.* 84. 12.) Cadavera punitorum aut sepultorum spoliantibus, *p.* 4. CONST. ELECT. 34. *ibique* CARPZ. 13.) si non satis constet q de re ablata ejusque quantitate. *d.* CONST. EL. 34.

VI. PRAETEREA potest etiam dominus rem ablatam extantem vindicare jure dominii §. *ult. I. de obl. quæ ex del. nasc.* & datur quoque condictio furtiva r, qua dominus rem furto ablatam, ejusve æstimationem, a fure ejusve herede repetit, seu quid pervenerit ad heredem, seu non *l.* 9. *ff. de cond. furt.*

VII. CONTROVERTITUR autem, an hæc actio etiam detur contra heredes furis, ipso fure ultimo supplicio affecto, quod quidem multi negant, quorum sententiam probat CARPZOV. *p.* 4. *C.* 32. *d.* 23. imo etiam ipse ELECT. SAXONIAE in *noviss. decis.* 86. Verum æquior, est sententia, quod nihilominus s heredes teneantur ad restitu-

dationis fallat, nisi prius jam punitus sit fur, merito præsupponendum est, furem jam pœnam subiisse, & tamen denuo furtum commisisse. III) Restitutionem rei furtivæ in casibus, ubi pœnam mitigat, a pœna tamen corporis afflictiva non liberare. Reliquas regulas, quas Constitutio Criminalis suppeditat, exponit BEYER. *loc. alleg.* Hoc tamen addam necesse est, non simpliciter prohiberi, ne primum furtum simplex pœna ultimi supplicii afficiatur, sed id ipsum *art.* CLXX. arbitrio judicis relinquit. vid. LEYSER. *Spec.* DXXXV. *med.* XVIII.

*q*) DE ea igitur, ut constet, ipse læsus efficere debet, ejusque intuitu jurejurando confirmare I) quod furtum passus sit II) quod furtum harum rerum, quas eum in finem specifice consignat, passus sit, III) quod æstimationem, quam easdem habere asserit, reipsa recipiant. Quamdiu vero de his tribus non constat, pœna ordinaria cessat. Imo, quousque de primo asserto fides judici nondum facta est, minus recte ad inquisitionem progreditur.

*r*) QUAM eam ob causam introduxerunt Romani, quia res furtiva interire poterat, & rei vindicatio deficere §. XXVI. *J. de Rer. divis.* itaque cum in locum rei vindicationis successerit, dominus esse debet, qui ea utitur *L. I. de Condict. furt.* Ex parte ejus autem, contra quem intenditur, nil interest, sive ipse furtum commiserit, sive opem solum tulerit, & consilium speciale dederit. Nam & hic pro fure habetur *L.* LIII. §. II. *de verb. signific.* Quod autem contra heredes detur, id inde est, quia actio immediate ex lege oritur *L.* VII §. II. *L.* IX. *D. Eod.*

*s*) ET recte, cum, ut diximus, obligatio non ex delicto, sed ex lege fit. Et possunt omnino casus existere, in quibus felici successu hac condictione utimur. Quamvis enim plerum-

tionem rei furto ablatæ, ejusve æstimationem, quia nimirum actio seu pœna criminalis non extinguit actionem rei persecutoriam, & iniquum esset, heredem furis non teneri ob furtum, sed eo sæpius locupletari cum damno & injuria domini, cui res ablata, quæ sententia & in Scabinatu Jenensi recepta est.

VIII. Injuria est [t] delictum privatum, quo alteri contumelia infertur, *l. 1. pr. ff. de injur. & fam. libel.* estque vel realis, quæ facto aliquo, ad probri & turpitudinis notam comparato, committitur. *d. l. 1. §. 1. d. t.* vel verbalis, quæ fit vel verbis ore prolatis, vel scriptis, cujus singularis species est, quæ dicitur famosus libellus.

IX. Consistit injuria in affectu seu animo injuriandi [u], qui si adsit, nec veritas convitii excusat. *l. 3. §. 1. de injur.* add. Gail. 2. *obs.* 99. Gomez. *var. resol. tom.* 3. *c.* 6. *n.* 2. Jul. Clarus. *lib. V. §. injuria. n.* 15. Faber. *ad C. l.* 9. *t.* 20. *def.* 5. Grot. *introd. in jus Belg. l.* 3. *c.* 16. §. 1. Sande *decis. Fris. l.* 5. *t.* 9. *d.* 7. add. *l.* 5. *C. de injur. art.* 110. Ord. Crim. *c. fin. & Carpz. p.* 4. *C.* 44. *def.* 8. multo minus injuriantem juvat, quod ab alio injurias per famam se audivisse probet, cum & ratione injuriæ ab alio dictæ, a se propalatæ, injuriarum teneatur. Salicet. *ad. l.* 1. *C. de injur.* Berlich *p.* 5. *concl.* 65. *n.* 51. Coler. *p.* 1. *decis.* 161. *num.* 41. Carpz. *p* 4. *C.* 42. *d.* 5. Cæterum si quis ad reprobandos testes crimen objiciat, injuriandi animus non videtur subesse. *arg. leg.* 55. *de reg. jur.* Gail. 2. *O.* 106. Carpzov. *d. p.* 4. *C.* 42. *d.* 7. tutius tamen volunt esse protestationem addere. Olradus *Consil.* 53. Wesenb. *parat. de injur. n.* 9. In dubio autem ex verbis, seu factis, per se contumeliosis injuriarum animus præsumitur: *arg. l.* 41. *ff. ad L. Falcid. l.* 42. *ff. de V. S.* in facto autem, quod per se contumeliosum non est, statur negationi ejus, qui injuriam commisisse dicitur, & si verba sint talia, quæ injuriam necessario non important, actioni injuriarum locus non

que fures non habeant, unde restituant, nec ideo pinguis eorum fit hereditas, experientia tamen docet, non furta solum committi ab hominibus, qui possessiones habent, sed etiam nonnulla furta ultimo supplicio affici, etiamsi quis restituere possit summam ablatam.

*t*) Injuria generatim id fieri dicitur, quod non jure fit. Sigillatim complectitur omne id, quod in alterius contumeliam suscipitur. Et hactenus nil interest, sive verbis ore prolatis, sive scriptura, sive factis, id est verberando, pulsando, habitum & gestum ad alterius invidiam componendo, imo ex facto in se indifferenti, quod tamen alterius existimationem ex opinione hominum lædit, aliquem contumelia afficiamus, *L. I. §. I. seqq. L. V. pr. & §. I. L. IX. pr. L. XV. §. I. §. XVI. XX. XXII. XXVII. D. de injur.* Imo etiam non facto injuria committi potest, quatenus quis alteri reverentiam debet, quamvis vix casus existat, ut a non facto ipsum factum absit, cum ex solo non facto vix injuria evincatur, nisi factum simul accesserit.

*u*) Isque regulariter non præsumitur. Probe tamen distinguendi sunt casus. Aut quis verba vel facta in se injuriosa profert, aut verbis vel factis utitur ambiguæ interpretationis. Hoc in casu, quia omnis præsumtio est delicti exclusiva, animus injuriandi probandus est, ab eo, qui sibi injuriam illatam asserit. Illo autem in casu animus injuriandi semper præsumitur *L. V. C. de injur.* nec excludit hanc præsumtionem provocatio ad auctorem Finckelthaus *Observ. LXXIII.* nec exceptio veritatis Wernher. *P. I. Obs. CCCIV.* nec conditionata locutio, sive in præteritum, sive in futurum concepta sit Ludovici *Doctr. Pand. ad tit. de injur. §. V.* Excluditur tamen præsumtio, si ille injuria afficit, qui in defensione est constitutus, & qui jus habet corrigendi vel emendandi *L. XV. §. XXXIX. de injur. L. V §. III. in fin. D. ad L. Aquil.* quousque limites a lege præscriptos servant. *L. XXXII. D. de injur.* Recess. Imper. *de anno* 1530. *§. LV. & de anno* 1542. *§. XLI.* Quo in casu & contra magistratum, & contra sacerdotem actio injuriarum locum habere potest. Conf. Menckenii *Diss. de probat. animi inferend. injur.*

est, nisi prius actor injuriandi animum probaverit. FARINAC. *in pr. Crim. q.* 105. *n.* 118. *&* 122. CARPZOV. *d. C.* 42. *d.* 7. *n.* 4. quod & ex facti circumstantiis dijudicari debet: hine qui joco aut ludendo quid intulerit, quod alias ut injuria se haberet, injuriarum actione non tenebitur. *l.* 5. *pr. C. de injur. l.* 15. §. 23. *ff. eod.* juncta *l.* 3. §. 1. *inf. & §.* 3. *eod.* add. MASCARD. *de probat. l.* 2. *concl.* 902. *n.* 5. DAMH. *pr. Crim. cap.* 136. *n.* 9. *& c.* 139. *num.* 12. FARIN. *q.* 105. *num.* 121. Cum vero hoc difficilis quandoque probationis sit, reus, si innocentiam suam sufficienter probare non possit, pro arbitrio judicis ad juramentum purgationis admittitur BOER. *Dec.* 68. *n.* 4. GAIL. *d. l.* 2. *obs.* 106. *n.* 1. CARPZOV. *d. loc. p.* 4. *Const.* 42. *def.* 9. Ita etiam, qui ex calore iracundiæ ad injurias provocatus, aut in ebrietate verbis contumeliosis quem prosciderit, ex pœnitentia & contraria declaratione ab injuriarum actione liberatur, nisi fuerint injuriæ atroces. vid. FABER. *ad C. l.* 9. *t.* 20. *d.* 11. SANDE *decis. Fris. l.* 5. *t.* 8. *d.* 7. CARPZOV. *p.* 4. *C.* 42. *d.* 11. *it. in pr. Crim. qu.* 97. *n.* 12. *& seqq.*

X. VINDICATUR injuria actione injuriarum, descendente vel ex edicto Prætoris, vel ex L. Cornelia [x], quæ in specie ad injurias, quæ manu fiunt, seu reales, pertinet. *l.* 5. *pr. ff. de injur.*

XI. AGITUR propter injurias vel civiliter, vel criminaliter [y]. Civilis actio, quæ etiam hodie propter reales injurias institui potest, ita se habet, ut is, qui injuriam passus est, eam certa quadam pecuniæ summa, pro injuriæ atrocitate, æstimet. §. 10. *I. de injur.* quam summam deinde judex moderatur, & actori adjudicat §. 7. *I. d. t. l.* 37. §. *f. eod.* CARPZOV. *pr. Crim. q.* 95. Condemnatus inde fiat regulariter infamis. *l.* 1. *ff. de his, qui not. infam.* exceptis casibus certis, quos vid. apud CARPZ. *q.* 94. *num.* 68. *& seqq.*

XII. CRIMINALITER agitur, quando petitur mulcta aliqua, fisco inferenda, vel pœna aliqua relegationis, fustigationis aut carceris injungenda, pro modo injuriarum atque circumstantiarum. add. SANDE *l.* 5. *t.* 8. *d.* 5. Non possunt vero hæ duæ actio-

*x*) EX qua tamen illæ solum vindicari poterant injuriæ, quando quis se pulsatum, vel verberatum, vel domum suam vi introitam esse dicebat §. *VIII. J. de injur.* Et extra hos casus criminaliter agere quem potuisse, valde dubito, cum præter actionem æstimatoriam ex jure Prætorio, quæ civilis erat, & actionem ex L. Cornelia, quæ criminalis erat, Romani remedium injurias vindicandi aliud plane ignorarunt.

*y*) ET hodie quidem de omni injuria non elective solum, sed etiam cumulativa. Quatenus vero de puniendo injuriante judicem imploramus, nullum ex pœna in nos redundat emolumentum. Imo & integrum est judici, ex officio pœnam decernere. Civiliter vero varia ratione agere possumus, ut satisfaciat nobis injurians. Plerisque in locis toleratur adhuc actio æstimatoria ex jure Romano, quæ injurias æstimare permittit, salvo judicis arbitrio, qui ad personarum qualitatem, ad locum, ad tempus injuriæ respicit. Ob injurias atrocissimas agere possumus ad recantationem sive palinodiam, quæ famam injuriantis lædit. Agimus etiam ob leviores injurias ad deprecationem & declarationem honoris. Has omnes actiones dicimus rei persecutorias, credimusque, famam per injuriam illatam quasi ablatam quasi restitui. Sed certe, qui æstimatoria utitur, famæ parum consulit, cum animi omnino levis indicium sit, existimationem habere venalem. Et si actiones civiles generatim respiciamus, a scopo longe aberrant, qui famam his ipsis sibi restitui putant. Aut enim re ipsa amiserunt existimationem, aut non amiserunt. Si illud, privatus eam nullo modo restituere potest. Si hoc, non opus est, ut de restitutione ejus solliciti simus. Imo & cum charactere Christiani pugnat, vindicare injurias. Præstaret itaque, rem omnem arbitrio judicis relinquere, quam inani lite, & homini rationali & Christiano indigna, tempus insumere, & vindictam meram spirare. Confer. BÖHMERI *Diss. de iniquit. & injust. action. injur.*

nes, scilicet ista civilis æstimatoria pœnalis & hæc criminalis cumulari, quia nimirum utraque ad pœnam tendit. §.10. *I. de injur.* juncto §.1. *I. de perpet. & temp. action.*

XIII. PRAETEREA moribus adhuc duo remedia competunt, nimirum alterum judiciale, actio ad palinodiam, quæ secundum veriorem sententiam, cum rei persecutoriis accedat, cum actione injuriarum tam civili, quam criminali cumulari potest. GAIL. I. *O* 65. RICHT. *in Cent. Reg.* 2. *Dissentit* CARPZOV. *p.*4.*c.*42.*d.*16.

XIV. ALTERUM extrajudiciale, retorsio nimirum injuriarum [a], quæ probatur *in noviss.* DECIS ELECT. 81. de qua latius in *differt. nostr. de vind. priv.* quo remedio si quis usus fuerit, non competit actio injuriarum. Non vero injuriæ verbales cum realibus compensari possunt, quamvis mitius puniri soleant, qui injuria alterius commoti, aut quasi incitati quid commiserint. GAIL. 2. *obs.*100. *num.*10. BOER. *decis.*169. FABER *ad C.l.*9.*t.*20.*d.*1. CARPZOV. *d. C.*42.*d.*10. *& sqq.*

XV. CAETERUM tollitur actio injuriarum 1.) morte, tum ejus, qui injuriam intulit, nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit, §.1. *in f. I. de perp. & temp. act.* tum ejus, qui injuriam passus est, nisi itidem lis fuerit contestata. *d.* §.1. *I. l.*13.*pr.ff. de injur. arg. l.*139. *de R. J.* add. SANDE *l.*5.*t.*8.*d.*4. & CARPZOV. *l.*3. *Resp.*30. *&* 39. ubi monet, quod actio injuriarum, criminaliter intentata, ne quidem lite contestata contra heredes competat; 2.) præscriptione unius anni, a die scientiæ computandi, seu scriptis seu verbis prolata sit injuria (excepto tamen casu famosi libelli) tum respectu actionis civilis, tum criminalis. CARPZOV. *Pr. Crim. all. l. q.*97. actio tamen ob reales injurias [a] est perpetua; *arg. pr. I. de perp. & temp. act.* JUL. CLARUS §. *injuria num.*9. GAILIUS 2. *observ.*105. SANDE *l.*5.*t.*8.*d.*3. ANTON. MATTHAEI *tract. de crim. ad tit. de injur. cap.*1. *num.*19. de jure Electorali vid. *p.*4.*c.*46. *ibique* CARPZOV. 3.) dissimulatione seu remissione. §. *fin. I. de injur. l.*11. *§.*1. *eod.* seu tacita [b], seu expressa, v.gr. pacto, transactione; 4.) si reus ante L. C. se pœnitere dicat ac declaret, se bene de fama

z) HOC remedium, qui in jure nostro non nisi his observatis limitibus toleratur, 1) ut respondeat injuriæ illatæ, nec retorquens modum excedat, 2) ut fiat extrajudicialiter 3) vel in continenti, quando injuriatus præsens est, & injuriam audit, vel eo ipso momento, quo rescivit absens, sibi injuriam esse illatam, ita in se spectatum ab impietatis nota vix liberari poterit, & præterea neque in ulla lege præsidium habet, neque Christianum decet, neque litem ob injurias facile præcavet. Ergo merito esset explodendum.

a) SED distinguit WERNHER. *P. I. Obs. LVI.* injurias reales, quarum coërcitio ad judicem inferiorem pertinet, ab iis, quæ ad cognitionem superioris judicis spectant. Ibi præscriptionem annalem admittit, non hic. Quod etiam ratione non caret, si Saxoniam spectes, cum, injurias reales leviores præscriptioni annali subesse, expresse loquatur CONST. ELECT. *XVI. P. IV.*

b) QUAE colligitur ex familiari conversatione, quia rancor animi cum amoris integri præstatione consistere nequit. Atque inde tam firmum pro remissione oritur argumentum, ut nec audiendus sit ille, qui prætegit, & jurejurando confirmare vult, se animum remittendi non habuisse WERNHER. *P. I. Obs. CXXXVII.* Sed eheu, quæ improbitas hominum non quærit effugia, ne noceat actioni injuriarum officium amoris! Distinguunt, utrum sponte, an necessitate officii injuriatus cum injuriante conversatus sit. Conservant actionem protestatione, se nolle remittere. Imo, ne vel sacræ Eucharistiæ usus injuriati jus excludat, animum reconciliabilem adesse posse putant, etiamsi vindictam cogitet actione civili persequendam. Parumque abest, ne simul negent, deprecationem publicam, quam ægrotans per sacerdotem ex suggestu recitandam curat, actioni injuriarum obesse.

adversarii sentire, *arg. §. ult. I. de perp. & temp. action.* add. CARPZOV. *p. 2. Pr. Crim. q. 97. num. 14.* quod tamen limitatur in ORDIN. PROVINC. JENENSI *cap. 33.*

XVI. FAMOSUS libellus est injuria, qua alicui quid, ad infamiam alicujus pertinens, seu notabile crimen, scripto [c] aut alio singulari modo, seu expresso seu tecto nomine autoris, objicitur. *l. 5. §. 9. l. 15. §. 29. ff. de injur. & fam. libell.* ORD. POL. *de a. 1577. t. 35. §. Und setzen. 3. v. es habe der Autor seinen Namen darunter gesetzt, oder nicht.* non obstat ORD. CRIM. *art. 110.*

XVII. INCURRIT hoc delictum non is solum, qui scripsit & composuit tale quid ipse, sed &, qui emendum vendendumque curavit, *l. 5. §. 19. ff. de injur.* ORD. POLIT *de An. 1577. t. t. 35.* hinc & typographus famosum libellum excudens tenetur. *d. t. von Buchdruckern.* add. BOCER. *de famos. libell.*

XVIII. VINDICATUR hoc delictum vel actione injuriarum, & tunc juxta petita libelli reus condemnatur, vide CARPZOV. *pr. crim. p. 4. q. 98. num. 44. & 46.* vel ex Senatus Consulto, judicio publico [d], & fit infamis, & præterea pœna extraordinaria olim dicti abatur, postea vero capitalis *per l. un. C. de fam. libell.* Juxta constitutionem Carolinam autor famosi libelli ea pœna afficitur, quæ alias statuta est crimini, quod ab eo alteri imputatur. *d. art. 110.* BOCER. *tr. de fam. libell. c. 5.* add. CONST. ELECT. *p. 4. C. 43.* Hodie pœna est arbitraria vid. CARPZOV. *p. 2. q. 98. num. 10. sqq.*

XIX. TERTIUM delictum privatum est damnum injuria datum, quo nimirum patrimonium alterius, vel etiam persona dolo aut culpa, etiam levissima, deminuitur aut læditur [e] *Schaden, die einen durch eines andern Verwahrlosung wiederfahren.*

XX. VINDICABATUR hoc olim per Legem Aquiliam [f], uti ad illum tit. D.

c) DIFFERT tamen ab injuria scripta, quæ satyram fere solum continet, cum libellus famosus delictum objiciat alteri dissimulato nomine. Hoc vero si fiat, nil interest, sive scriptus, sive pictus, sive typis expressus sit. add. BRUNNQUELLI *Diss. de pictura famosa.*

d) QUO quidem hodie ob quasvis injurias uti licet, cum ad officium judicis spectet, ut existimationem civium contra aliorum injuriam salvam præstet. Hoc tamen in libello famoso singulare est, quod cognitio ejus vel ideo judicis solum criminalis sit, quia delictum continet inquisitione dignum, & pœna corporis afflictiva sequi possit. Eodem modo, quod obiter moneo, publico etiam judicio procedimus contra eum, qui sacerdoti sacra administranti injurias infert, cum ultimum supplicium locum sibi vindicet, si hæc conjunctim concurrant, ut 1) injuria non verbalis, sed realis. 2) in loco Ecclesiæ, 3) eo tempore, quo sacerdos sacra pertractat, facta sit, & 4) sacra per eam turbentur STRYK. *Us. Mod. D. tit. de injur. §. XXV.*

e) REQUIRITUR itaque, ut damnum injuria datum pœnam mereatur I) damnum extra contractum contingens, cum damnum ex contractu oriundum actione ex contractu persequamur, II) damnum positivum per corruptionem rei, *L. XXXIII. ad L. Aquil.* Quo nomine a damno per alia delicta dato satis distinguitur III) damnum dolo vel culpa datum *L. V. § I. Eod.* etiamsi culpa levissima sit, & in omittendo consistat *L. XXVII. § IX. L. XLIV. seq. Eod.* IV) damnum in re datum, quæ æstimationem recipit.

f) EAQUE primo capite damnum in re animata peremta datum ita coërcebat, ut lædens solveret æstimationem, quanti res intra annum plurimi fuerat. Tertio capite omne reliquum damnum complectebatur, idque ita resarciri jubebat, ut res veniret pretio, quo fuerat intra 30. dies proximos *pr. & §. XIII. J. ad L. Aquil.* Quæ summa fuerit secundi capitis, JCti ignorant. Varias tamen conjecturas proferunt NOODT. *Tr. de Lege Aquil.* FREHERUS *in Parerg. Lib. II. cap. III.* HUBER. *Prælect. ad J. tit. de L. Aquil. §. VI.* BYNCKERSHOECK. *Observ. Lib. II. cap. XIII.* Verum hodie hæc actio, quatenus ex Lege Aquilia, & pœnalis privata est, non habet

exponitur. Hodie damnum illatum æstimatur, & ad ejus reparationem agitur, sic ut, si vulneratus quis sit, non solum mercedes Medicis & chirurgis præstitæ, aut operæ, quibus quis caruit, aut cariturus est ob vulnus, in hanc æstimationem venire soleant, sed & doloris, & cicatricum atque deformitatis ratio habeatur, si id nominatim petat vulneratus. GROT. *introd. in jus Belg. l.* 3. *cap.* 34. §. 1. *in f.* FARINAC. *de homicid. t.* 14. *quæst.* 119. *num.* 108. *&* 121. MENOCH. *de arb. jud. quæst. l.* 2. *cas.* 121.

XXI. DENIQUE quartum delictum privatum est vis bonorum raptorum, quo delicto quis dolo malo rem alienam mobilem, lucri faciendi animo, vi (*mit öffentlicher Gewalt, furtum vero fit mit heimlicher Gewalt*) aufert, aut damnum in ea dat. *pr. l. de vi bon rapt.* Pœna Jure Romano erat tripli, & simul petebatur ipsa res, & ita in quadruplum dabatur actio [g]. Hodie pœna ista tripli in usu non est, sed criminale judicium obtinet [h], & pœna raptoris, præsertim in itinere publico vi illata rem auferentis, est capitalis gladii. ORD. CRIM. *art.* 126.

## TITULUS XXIV. DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBUS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Extraordinariorum criminum descriptio.* L. 47. ff. t. 11. de extraord. crim. II. 1. *Sollicitatio alienarum nuptiarum*, 2. *abactio partus*, III. 3. *Dardanariatus*, IV. 4. *Crimen saccculariorum*, 5. *violatio sepulcrorum*, L. 47. ff. t. 12. de sep. viol. 6. *Ambitus.* 7. *Prævaricatio.* L. 47. ff. t. 15. de prævaricat. 8 *Receptatio.* L. 47. ff. t. 16. de recept. L. 47. ff. t. 18. de effract. & expilat. 9. *Effractura.* 10. *Stellionatus.* L. 47. ff. t. 20. stellionatus. 11. *Termini motio.* L. 47. ff. t. 21. de termino moto, 12. *Illiciti conventus quibus* V. *junguntur & alia.* VI. *Corruptio servi*; L. 11. ff. t. 3. de serv. corrupto. *it. filii & uxoris.*

I. EXTRAORDINARIA crimina [i] dicuntur, quæ pro arbitrio judicis fin-

locum. Sed nos sequimur magis dispositionem Juris Canonici, quod generatim veram damni æstimationem, salvo judicis arbitrio, spectare jubet, eoque nomine heredes etiam, ut ex hereditate damnum a defuncto datum restituant, obligat *c. fin. X. de sepult. c. V. X*[n]. *de raptor.* Moribus præterea non damni solum dati, sed & lucri intercepti habetur ratio, quod jure Romano denuo secus *L. XIII. §. II. de usufr.* Cæterum judicis est, ut lædentem puniat. Ut sic hæc actio ab actione L. Aquil. toto cœlo differat. Quod late docet THOMASIUS *in Diss. qua L. Aquiliæ Larvam* detrahit.

g) CUI simplum hac ratione inerat. Quod ipsum aperte docet, gravius delictum Romanis furtum fuisse rapina, cum actio furti in quadruplum non excluderet, existimarentque Romani principiis Stoicis innutriti, eum magis pœna dignum esse, qui vi sibi aliquid extorqueri pateretur, quam eum, qui raperet.

h) HODIE itaque, qui vi adhibita res auferunt, & quidem in domo læsi, furtum qualificatum committunt, de quo supra jam vidimus. Qui in via publica, & quidem simpliciter per vim rapiunt, capite plectuntur, & corpus rotæ imponitur. Cujus dispositionis unica ratio inde desumitur, quia quam maxime præcavendum est, ne securitas publica lædatur. Ob hanc itaque læsam magis, quam ob rei ablationem, punitur delinquens. Indeque est, ut unice ad animum delinquentis, non vero ad effectum, non ad quantitatem ablatam, non ad restitutionem rei ablatæ, non ad id respiciamus, utrum una an reiterata vice quis rapinam exercuerit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. XC.* Si vero grassator publicus cum rapina cumulet homicidium, in latrocinii crimen incidit, & vivus rota contunditur, imo, si delictum sæpius reiteratum sit, forcipibus candentibus prehenditur.

i) VIDETUR hæc species delictorum

gulariter extra ordinem a judice coërcentur criminali judicio. *l.* 1. *ff. de publ. jud. l.* 3. §. 2. *ftell. l.* 1. *pr. de extr. cr.*

II. EXTRAORDINARIA crimina traduntur fere hæc: 1.) follicitatio alienarum nuptiarum, quam perpetrant illi, qui pudicitiam alienæ uxoris attentant, vid. *l.* 1. *h. t.* 2.) abactio partus [k], fi nimirum data opera partus abigatur, *l.* 4. *ff. de extraord. cr.* Jure Carolino & Saxonico circa hoc delictum diftinguitur, an fœtus fit inanimatus, feu non vitalis; & abigens iftum extraordinarie punitur: an vero animatus feu vitalis, & pœna eft ultimum fupplicium. *P. H. O. art.* 133. CONST. ELECT. 4. *p.* 4. Habetur autem, quoad hanc pœnam infligendam, non ante vitalis, quam poft dimidium tempus, quo uterum geftavit mulier. vid. CARPZOV. *p.* 1. *q.* 11. Referri etiam huc poteft expofitio infantis [l]. *l.* 2. *C. de infant. expof.* de cujus pœna leges *art.* 132. ORD. CRIM. & DEC. ELECT. *nov.* 78. CARPZOV. *p.* 4. *c.* 4. *d.* 8. *fqq.*

III. PORRO 3.) dardanariatus, quod delictum committunt, qui annonam attentant & vexant, merces fcilicet coëmtas fupprimentes, & fructus fuos æquis pretiis vendere nolentes. Pœna eft arbitraria. vid. *l.* 6. *pr. ff. de extraord. crimin.* POL. ORDN. *de anno* 1577. *tit. die Monopolia*, &c. 18.

IV. 4.) CRIMEN facculariorum. vid. *l.* 7. *ff. de extraord. crim.* 5.) fepulchrorum violatio. vid. *tit. D. de fepulch. viol.* 6.) abigeatus crimen, quo nimirum pecudes,

intermedia inter publica & privata delicta fuiffe *L. VIII. de publ. judic. L. XIII. de pœn.* Ut tamen de re incerta id dicamus, quod probabile eft, triplici forfan ex caufa ita funt nominata, I) quod pœna non certa lege & SCto ftatuta, fed moribus magis & interpretationibus prudentum introducta fuerit, II) quod peculiaris magiftratus non effet, cui perveftigatio horum criminum committeretur, fed potius alicui extra ordinem officium daretur, qui nomen quæfitoris vel quæftoris haberat, III) quod proceffus folennis ceffaret. Inde facile apparet, propriam Romanis hanc diftinctionem fuiffe. Et vereor omnino, ne ejus applicatio ad noftra fora inutilis fit. Proceffus enim criminalis utrobique eft idem, pœnaque omnis legitima eft. Quodfi vero dicere velles, delicta ordinaria certam & determinatam habere pœnam, extraordinaria arbitrariam, non multum quidem refragabor. Sed & hoc moneam neceffe eft, in applicatione nullam fere pœnam certam effe, fed pro circumftantiarum varietate mox duram, mox levem. Nam & delicta, in quæ ultimum fupplicium ftatutum eft, fæpius, fi formalia defint, extra ordinem, id eft, arbitraria puniuntur, & delicta, quorum pœnam lex certo non determinavit, fed arbitrio judicis reliquit, pro re nata etiam ultimum fupplicium admittere poffunt.

*k*) QUAE olim apud Romanos vel ideo non adeo fevere punita, quia, ut alibi diximus, embrionem non pro animali, fed pro parte viscerum maternorum, habebant MERILLIUS *Obf. Lib. I. cap. XVI.* Poftea pœna ultimi fupplicii in eum ftatuta, qui abortionis poculum dediffet *L. XXXVIII. §. V. D: de pœn.* add. NOODTII *Julium Paulum.* Nemefis Carolina morte damnat abortum, eademque pœna fubjicit eum, qui dolo marem vel fœminam ad generandum reddidit impotentem *C. C. C. art. CXXIII.* Moribus, adhibita diftinctione, mox ultimum fupplicium, mox pœna arbitraria dictitatur.

*l*) QUAM denuo Romani vix pœna dignam judicarunt, cum tantæ Patria eorum poteftas effet efficaciæ, ut ftatuere poffet pater, utrum fervare vellet liberos, an necare, utrum fibi retinere, an exponere NOODT *in Julio Paul.* & BYNCKERSHOECK *de jure occidendi liberos.* Noftrum jus recte hoc delictum punit, & quidem, fi periculofe expofitus infans, ut facile perire potuerit, reque ipfa perierit, ultimo fupplicio, alias extra ordinem *C. C. C. art. CXXXII.* Eaque occafione in genere præmoneo, in Jurisprudentia Criminali parum prodeffe Jus Romanum, fed omne de pœnis argumentum ex ipfo magis Jure Germanico univerfali & fpeciali, Nemefi nimirum Carolina & legibus provincialibus hauriendum eft. Conf. LUDOVICI *Præfat. ad Conft. Crimin. Carol.*

feu

ſeu armenta, ex paſcuis & ſtabulis abiguntur. *l.* 1. §. 1. *l. ult.* §. 1. *ff. de abig.* hodie abigei ut fures puniri ſolent. Carpzov. *d. p.* 2. *q.* 86. *num.* 26. 7.) prævaricatio: eſt vero prævaricator ipſe accuſator, qui colludit cum reo [m]. *vid. tit. D. de prævar.* Ab hac prævaricatione differt prævaricatio advocati, qui prodit cauſam, quam agit, adverſario, & extra ordinem ſolet puniri. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 2. *ff. de prævar. l.* 1. *C. de advoc. de judicior. P. H. O. art.* 115. 8.) receptatio, quod crimen committit, qui latrones, ſeu aliis criminibus obnoxios ſciens ſuſcepit, occultavit. vid. *tit. ff. de recept.* & itidem pœna eſt arbitraria [n]. Carpzov. *p* 3. *q.* 134. *num.* 37. 9.) effractura, cumprimis carceris [o]. vid. Carpzov. *d. p.* 3. *q.* 111. *num.* 90. *ſeqq.* 10.) crimen ſtellionatus [p], quod committunt ii, qui improbius fraudavere, & in crimen aliud non incidunt. *tot. tit. D. ſtell.* pœna itidem eſt arbitraria, 11.) termini motio [q], quando ſcilicet termini, finium cauſa poſiti, doloſe evelluntur, ejiciuntur, turbantur, *tot. tit. D. de termin. mot.* de pœna legatur Carpz. *p.* 2. *q.* 83. *num.* 67. 12.) illiciti conventus [r], absque ſuperioris permiſſu inſtituti, *l.* 1. *pr. l.* 3. *pr. ff. de coll. & corp.* & itidem pœna eſt arbitraria.

m) Id eſt, qui ab accuſatione publica, facta corruptione, deſiſtit, & tranſigit. Et hanc ſequebatur pœna plerumque talionis, ad quam ſe per inſcriptionem in librum accuſationis obligaverat. Ipſe vero reus pro convicto habebatur, ſi a cauſa ſanguinis diſceſſeris *L. XVIII. C. de tranſact.*

n) Quando recipientes cum recepto ſocietatem criminis non contraxerunt. Alias pœna quoque ordinaris furti, &, ſi raptorem ſocium recipiunt, pœna in raptores ipſos ſtatuta locum habet, vid. *L. un. C. de rapt. virgin.* Non tamen cum receptione confundenda occultatio delinquentium, quæ ab affinibus & cognatis miſericordia ductis fit. Diſtinguenda etiam eſt a ſola reticentia criminis, cum ad revelationem obligatio non adſit, niſi in delictis atrociſſimis, & in iis, qui officii cauſa deferre debent crimina. Nam & iis in caſibus, ubi occultatio & reticentia puniri poteſt, mitior tamen pœna, quam quæ in receptatores ſtatuta eſt, locum habet *L. II. D. de recept. L. XLVIII. §. I. de furt.*

o) Effractio vel in ſe conſiderari poteſt, vel quatenus cum alio delicto concurrit v. c. ob furtum faciendum, ob ſtuprum vel adulterium perpetrandum. Hoc in caſu delictum ipſum reddit qualificatum, & graviorem ordinaria pœnam producit. Quo nomine etiam effractio carceris, quæ fit per ſeditionem, ultimum mereri poteſt ſupplicium. Nam hic ipſum delictum magis, cui effractio acceſſit, quam effractio punitur. Quod autem effractionem carceris attinet, quatenus a reo peragitur, illa per ſe vix punitur, gravat vero reum de delicto, ob quod incarceratus eſt. Quatenus vero commentarienſis ad effractionem concurrit, ſive dolo, ſive culpa, pœna arbitraria, quæ ad corporis afflictivam excreſcere poteſt, dictari ſolet *C. C. C. art. CLXXX.*

p) Quod non peculiare crimen eſt, ſed nomen aliquod ſubſidiarium, ad varias impoſturas & nequitias, quibus extra contractum aliquem decipimus, applicabile, ſi in crimen nominatim non incidunt. Ut ſic, quod in civilibus actio de dolo præſtat, in criminalibus ſtellionatus proſecutio ſit *L. III. §. I. Stellion.* Exempla vide in *L. III. §. I. Eod. L. XVI. §. I. de pignor. act. L. XLIII. §. III. de furt.*

q) Quam Romani judicabant capitalem, cum terminum Deum colerent, cui dies feſti eſſent decreti, vid. Ulrici Obrechti *Diſſ. de termin. Deo.* Hodie intereſt, ut diſtinguamus terminos publicos a terminis privatis. Et ibi quidem, prouti ſont vel compaſcuales, vel juriſdictionales, vel territoriales, pœna variat. Nec dubium, quin & capitis pœna locum habere poſſit, ſi terminus territorialis motus ſit eo fine, ut lites inter vicinos Principes oriantur.

r) Quamvis enim aſſociatio hominum ad certum finem in ſe nil mali habeat; Facile tamen in perniciem Reipublicæ vergit, cum occaſionem ſeditioni & turbis præbeat. Noluerunt igitur Imperantes ejusmodi conſociationes absque approbatione ſuperioris pro licitis habere *L. I. pr. L. III. §. I. D. de Colleg. L. I. in fin. D. de offic. Præfect.* Nec eatenus aliquid intereſt, etiamſi religionis & pietatis cauſa habeantur, cum publica auctoritate jam conſtituta templa, ut Deum uno animo corde & ore colere poſſimus. Ipſa pœna con-

V. DENIQUE huc etiam referunt improbam mendicitatem, secundum ORD. POLIT. *tit.*27. ludos vetitos, *tot. tit ff. de aleat.* CARPZOV. *p.*3. *q.*134. ebriositatem, *d.* ORD. POL. *t.*8. imperitiam aut negligentiam Medicorum *P. H. O. art* 134. BR. & ANGELUS *ad l.*2. *ff. ad L. Corn. de sicar.* PAUL. ZACH. *in quaestion. medico-legal. Lib.*6. *tit.*1. *quaest.*3. *& quaest.*2. *num.*19.

VI. CAETERUM etiam ad delicta privata pertinet corruptio servi, & datur inde actio de servo corrupto, qua nimirum is, qui servum alienum deteriorem reddit, a domino convenitur, ut, quanti ea res est, in duplum condemnetur. *l.* 1. *pr.* §. 3. *& seqq. ff. de serv. corrupt.* Utilis actio hodie accommodatur ' cuilibet, cui per corruptionem personae ad se pertinentis, *ut filii, uxoris &c.* damnum obvenit. vid. JOH. BRUNNEMANNI *eleg. dissert. de distinct. serv. alteriusve hominis corrupti*.

ADD. *L.*4. *T.*1. *I. de oblig. quae ex del. nasc.* *T.*2. *I. de vi bonor. raptor.* *T.*3. *I. de lege Aquilia* *T.*4. *I. de injuriis.*

## TITULUS XXV. DE CRIMINIBUS POPULARIBUS '.

SUMMARIA.

APHOR. I. *Actiones populares.* L. 47. ff. t. 23. de popul. action. II. *Hodiernus usus.*

I. DELICTA privata, ex quibus juxta jus Romanum populares actiones dantur, ita se habent, ut inde cuivis de populo detur actio. vid. *tot. tit. D. de popul. act.*

II. HODIE vero is agit, cujus interest, vel denunciatur delictum Magistratui, & per procuratorem fisci causa agitur.

sociationum variat, pro fine, quem habent propositum.

*s*) QUAE tamen eum, quem Romae producebat, hodie nequit producere effectum. Datur enim ob corruptionem, quae quoad animum facta est, eaque olim quidem in servo, qui ipse res aestimabilis erat, recipiebat aestimationem, sed hodie eadem ipsa in hominem liberum non cadit. Praestat igitur, magistratui rem denunciare, ut puniat corruptorem. Quodsi vero per corruptionem verum damnum contigerit, actio ad interesse omnino habebit locum, & potest etiam denuncians denunciationi ratione damni adhaerere, vid. SCHILTER. *Ex. XXI. th. XVII.* add. BÖHMER, *de action, Sect. II. cap. I, §. XLIX. sqq.*

*t*) ACTIONES populares frequentissimae erant, & locum sibi vindicabant non in causis civilibus solum, sed & criminalibus, quae publico judicio persequi non solebant Romani, ubi tamen Reipublicae interest, aliquid fieri vel non fieri. Non itaque in gratiam laesi erant inventae, cum, ubi jam ex delicto quis laesus esset, huic potius actio daretur, sed cuivis potius ex populo facultatem dabant, rem deferendi. Quod, ut citius fieret, ipsam poenam pecuniariam in delictum statutam lucro deferentis cedere decernebant Romani *L. III. & V. D. de his, qui effuderint.* Nonnunquam tamen delatio & accusatio nullum delatori afferebat emolumentum. Quo nomine Romani actiones populares a quasi popularibus distinguebant. Sed enim vero facile patet, omnem hanc distinctionem defunctam esse a modo procedendi in judiciis Romanorum usitato. Qui, cum hodie omnino diversus sit, omnem quoque distinctionis usum cessare facit.

# TITULUS XXVI. DE QUASI DELICTIS*.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Quasi delictorum descriptio.* II. *Species; I. Damnum aut furtum in navi, caupona aut stabulo.* L. 47. ff. t. 5. furti adversus naut. caup. stabul. L 4 ff. t. 9. naut caup. stabul. III. *II. Effusum dejectumve ex cœnaculo.* L 9 ff. t. 3. de his, qui effud. vel ejec. *III P situm aut suspensum in ædibus.* IV. *IV. Acceptio ex turp: causa.* L. 12. ff. t. 5. de condict. ob turp. vel injust. caus. V. *Datur inde condictio ob turpem causam:* VI. *Quæ non datur, si utriusque subsit turpitudo.* VII *Jure Romano huc refertur, si judex male judicaverit: quo casu datur hodie actio ex syndicatu.* L. 50. ff. t 13. de extraord. cogn. & si jud. litem suam fec. dic.

I. QUASI delicta sunt, quæ consistunt in aliqua culpa, ut ita loquar, imputativa, hoc est, quæ alicui ex alieno facto eorum, quos quis adhibet, imputantur, quod, v. c. minus fidelium seu negligentium opera quis utatur. *§. ult. Inst. de oblig. quæ qs. ex del. nasc. l. ult. §. 4. ff naut. caup stab.*

II. EJUSMODI quasi delictum est 1.) damnum aut furtum in navi, caupona vel stabulo commissum, quod imputatur exercitori: etiam datur inde actio in factum ob damnum, furtumve factum in navi, caupona stabulove ab aliquo eorum, quorum opera exercitor utitur, & quidem datur ei, cui illud damnum vel furtum illatum, contra exercitorem: & quidem jure Romano in duplum, hodie vero solum damnum resarcitur, & pœna est arbitraria. add. *§. ult. I. de oblig. quæ qs. ex del. nasc. tot. tit. D. naut. caup. stab.*

III. 2.) Ex quasi delicto alteri obligamur, si quid dejectum effusumve ex ædibus nostris fuerit, quod alicui prætereunti in corpore, vel in vestimentis, vel aliter nocuerit x), itidem hodie est pœna arbitraria. vid. *§. 1. I. d. t. tot. tit. D. de his qui effud. vel dej.* Eo etiam pertinet 3.) actio de posito aut suspenso, quæ datur contra eum, qui positum aut suspensum aliquid habet in ædibus suis supra eum locum, quo vulgo iter fit, inve quo consistitur, quod potest, si ciciderit, alicui nocere. *§. 1. I. de obl. quæ qs. ex del. nasc. & tit. ff. de his &c.* Et itidem hodie damnum æstimatur, & pœna est arbitraria.

IV. PRAETEREA 4.) quasi delictis accensemus acceptionem ex turpi causa,

u) QUASI delicta præsupponunt legem præceptivam pœnalem, quæ ad faciendum obliget, iisque, qui officium negligenter gerunt, culpaque sua damnum aliquod etiam per tertium existere faciunt, & damni restitutionem & pœnam minatur. Cujus effectus is est, ut, qui negligens fuit, etiam de facto tertii illicito, quod præcavere debebat, læso respondere, &, si damnum aliquod inde sentiat, de ejus restitutione cum lædente agere debeat. Sic imputatur nautæ, cauponi, stabulario, damnum a familia datum, quia magis fideles aligere debebat. Sic inhabitatori ædium damnum ab inquilino datum, imo adhuc infectum imputatur, quia in recipiendo inquilino minus circumspecte versatus est. Salva tamen est electio læsis, utrum cum lædente ex vero delicto agere velint.

x) MODO itaque damnum reipsa datum sit, ab inquilino, quod æstimationem recipit, actio datur contra inhabitatorem, qui eam partem inhabitat, unde effusum vel dejectum est. *L. V. pr. de his, qui effud.* modo I) dejectio vel effusio facta sit in loco, ubi vulgo iter fit *L. I. §. II. Eod.* II) præmonitio dejicientis desit. Temporis ratio, ut habeatur, vix est necesse, cum & nocturno tempore honesti viri sæpius negotiorum causa ambulare debeant. Hoc tamen hic generatim moneam, necesse est, has & similes actiones, quatenus simul pœnam ex facto tertii minantur, hodie usum non habere, sed necesse est, ut pœna teneat auctorem, cumprimis, quia hodie actor ex pœnis emolumentum habere nequit, & ubique solum ad reparandum vel avertendum damnum agere potest.

qua accipiens obligatur ad restitutionem rei, vel liberationem a cautione *l 1. C. de cond. ob turp. vel inj. caus.* Quamvis enim non invito rem seu cautionem extorqueat, adeoque non proprie ex maleficio obligatus sit accipiens: *vid. Arist. 5 Eth. 2. in fin.* tamen, quia delinquit accipiendo ob turpem causam, quasi ex maleficio obligatus intelligitur *l. 1. ff. de cond. ob turp. caus. l. 1. C. eod.* juncto *arg. pr. verb quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. Inst de oblig. quæ qs. ex del. nasc.* item *§. 1. & §. fin. I. eod.*

V. COMPETIT inde condictio ob turpem causam, qua id, quod propter factum respectu solius accipientis turpe [y], datum aut promissum, repetitur, licet factum præstitum, seu causa secuta fuerit. *l. 1. §. 2. ff. de cond. ob turp. caus. l. 6. C. eod.* Ita solius accipientis est turpitudo, si detur, ut quid restituat, quod vel ex conventione reddere tenetur, *l. 2. §. 1. l. ult ff. d. t.* vel ex delicto obligatus est restituere. *l. pen. & ult. C. eod.*

VI. NON vero datur condictio, si utriusque subsit turpitudo, quia in pari causa potior est conditio possidentis, ac petens promissum exceptione doli mali vel in factum submoveri potest. *l. 3. l. 4. pr. & § 1. ff. dict. tit. l. 2. l. 5. C. eod.* vid. ANDR. CLUD. *de condict. ob turp. caus. c. 2. & 3.* Quo pertinere volunt etiam aleæ lusum [z], quippe in quo cum utriusque turpitudo versari videatur, quod datum est, non petitur moribus, (secus jure civili) & quod ex ea causa promissum aut cautum est, exigi non potest, quia audiendus non est, qui propriam suam turpitudinem allegat, & ex eo compendium quærit. *l. 5. C. de cond. ob turp. caus. l. 4. C. de revoc. don. l. 1. C. de aleat.* Quod ubique locorum servari testantur REB. *ad Constit. Reg. proœm. gl. 5. n. 56.* CHRISTIN. *2. dec. 220.* CARPZOV. *6. r. 96. num. 12. 17. & Prax. Crimin. p. 3. q. 134. num. 26.* Denegatur repetitio pecuniæ, ad ludendum a sciente mutuo datæ. *arg. l. 12 §. 11. ff. mandat.* BERLICH *alleg. dec. 16.* LEUWEN. *cens. for. l. 4. c. 14. n. 10. in fin.*

y) REQUIRITUR itaque hoc loco, aliquem quid accipere ex causa, quæ contra regulas honesti & decori est *L. XLII. de verbor. signif.* ex qua accipere lex disertis verbis vetat. Nam neque sola legis prohibitio sufficit, neque hoc solum, quod quid indecorum sit, ut condictio locum habeat. Sic fiebat, ut, quod meretrici olim datum esset, non repeteretur, quia meretriciam vitam agere, indecorum quidem *L. XXXVIII. de oper. libert.* non vero prohibitum erat *L. XLIII. D. de Rit. nupt. L. XXIX. C. ad L. Jul. de adulter.* Hodie & hoc in casu adest prohibitio, sed, quia in tali negotio non sola accipientis, sed utriusque potius turpitudo versatur, cessat repetitio, & uterque pœnam subit *L. III. & VIII D de cond. ob turp. caus. L. IX. in fin. de jur. fisc. L. XXXII. §. fin D. de donat. inter vir & uxor.*

z) ROMANI ludos solum virtutis tolerabant *L. II. de aleat.* reliquos omnes, sive fortunæ sive artis essent, damnabant *L. fin. C. Eod.* Quod tamen indistincte tolerari nequit. Si enim a ludis obscoenis, honestati contrariis, & iis discesseris, quibus temporalem felicitatem committimus, ludi ne moraliter quidem possunt esse prohibiti, quia tempus, quo animus reficitur, haud perditur, nec, modicæ pecuniæ periculo recreationem emere, detrimentum est. Et reipsa ludi sunt donationes sub modo. Quare hoc solum a legislatoribus nostri fieri videmus, ut ludos damnent, qui a mera fortuna dependent, & nequitias admittunt, reliquos, maxime si artis sint, tolerent, & certam pecuniæ summam periculo exponere permittant, ea intentione, ut id solum, quod summam excedit, peti nequeat, datum vero repeti possit. Sed, ne quid dissimulem, condictionem ejus, quod ludo perditum est, plerumque cessare videmus, imo & transactionem aut cambium tanquam media intervenire, quibus exactio conservetur, non dubito tamen, quin ex ejusmodi transactione vel cambio ad solutionem condemnatus, ipsam exceptionem pecuniæ ludo perditæ in separatam actionem vel reconventionem deducere possit. vide quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon, P. III. Sect. I. Ex. XI. §. XV. sqq.*

VII. Refertur etiam huc in *pr. I. d. t.* si judex per imperitiam male judicaverit, quod ex ea ratione videtur inter quasi delicta relatum, quod apud Romanos judex suos habuerit assessores, adeoque horum imperitia judici imputetur. Hodie datur exinde contra judicem actio ex syndicatu [zz]. vid. Paris de Puteo *tr. de Syndicatu.*

Add. *L. 4. T. 5. J. de oblig. quæ qs. ex del. nasc.*

## Titulus XXVII. De Noxalibus Actionibus.

### Summaria.

Aphor. I. *Actionum noxalium descriptio.* L. 9. ff. t. 4. de noxal. act. *Usus hodiernus.* II. *Actio de pauperie.* L. 9. ff. t. 1. si quadr. paup. fec. dic. *Observantia juris Saxon.* III. *Damnum ab ædibus vel vicino jam illatum resarciendum, vel ob infectum cautio præstanda.* L. 39. ff. t. 2. de damno infect. & de fugg. & protect. IV. *Aqua pluvia arcenda.* L. 39. ff. t. 3. de aqua & act. aq. pluv. arc.

I. Porro etiam ratione rerum nostrarum ex delicto quodam tenemur: unde sunt actiones noxales, quibus quis 1.) tenetur ob delictum servi sui; vid. *tot. tit. ff. de noxal. action.* cujus tamen actionis nullus hodie est usus [a], sed ipsi liberi homines, quorum opera utimur, ex suis delictis conveniuntur, neque dominus de eorum facto regulariter tenetur, nisi sit, quod ei imputetur, vel nisi jusserit: aliquando etiam ratione mercedis, quam debet, tenetur. Coler. *dec.* 208.

II. Pertinet etiam huc actio de pauperie [b], qua nimirum, ob damnum a bestia illatum convenitur dominus istius animalis, ut animal, quod nocuit, dedat, aut æstimationem damni solvat. *tot. tit. D. si quadr. paup. fec. dic.* Jure Saxonico noxæ deditio non obtinet, est tamen ei similis expulsio seu dimissio noxæ, & animal ita dimissum

zz) Quae tamen hodie plerumque inanis erit, partim ob præsumtionem bonitatis, quæ pro judice militat, partim, quia læsus omisit remedia suspensiva, quibus uti debebat, ne sententia in rem judicatam transiret, vid. Thomasii *Diss. de judice imperite judicante.*

a) Apud Romanos, quia servus rebus annumerabatur, & æstimationem recipiebat, actio noxalis optimo innitebatur fundamento. Nam Juri Naturali convenit, ut damnum resarciatur, quod cum fieri a re non possit, ex ipsius rei appropriatione indemnitatem sibi quærere, cum principiis juris universalis non pugnat. Dominus igitur, qui rem amittere noluit, ipse solvat. Indeque electionem habet, utrum solvere, an rem noxæ dare velit *L. VI. § 1. D. de re judic.* Sic vero nil interest, ubi servus reperiatur, siquidem noxa caput sequitur. Interim præsupponitur delictum privatum ignorante domino commissum *L. II. pr. de noxal. act.* Ob delictum publicum servus ipse accusatur & punitur. Siad delictum dominus concurrit, contra hunc datur actio. Quod hodie etiam fieri posse res evicta est. Aliis extra hunc casum, semper servus obligatur, etiamsi in negotio a domino commisso deliquerit *L XI. de peric. & commod. rei vend. L. XV. § II. de publicanis.*

b) Quae actio in eodem fundamento nititur ac prior. Indeque est, quod dominus se liberare possit per expulsionem animalis, modo cum effectu expellat, nec, quod alias permittit Schöpfer. *Synopf. Pand. tit. si quadrup. pauper.* redeuntem bestiam recipiat. Et hæc actio hodie omnino utilitatem habet, perindeque est, utrum animal contra naturam sui generis, sive ita, ut facere solebat, damnum dederit. Nam & actio de pastu, quam in posteriori casu solum concedunt Romani, ad damni reparationem vel noxæ dationem tendit. Nec quicquam interest, sive animal quadrupes sive bipes sit. Ut tamen I) mansuetum sit, requiritur. Damnum a feroci animali datum simpliciter resarciendum est. II) Nullius culpa accedere debet. Si ipsius domini, ille simpliciter tenetur, si tertii, contra hunc datur actio *L. I. § VI. si quadrupes pauper.* Si ipsius læsi, sibi imputare debet *L. I § XI. Eod.*

pertinet ad eum, cui damnum illatum, vid. CARPZOV *pr. crim. p.*1. *q.*13. *n.* 20. Locus etiam est pignorationi [c], v. gr. si animal alienum gramina aut frumenta depavit, ut nimirum animal retineatur apud eum, qui jurisdictionem, saltem inferiorem habet, CARPZOV. *p.* 2 *c.* 7. *d.* 8. usque dum de damno & impensis satisfiat. add. RICHTER. *Dec.* 5.

III. PRAETEREA propter damnum a rebus inanimatis, veluti ab ædibus aut aliis operibus nostris, extra culpam datum: ut si præsens sit, veluti si ædes nostræ in ædes alienas deciderint, ut rudera tollamus, damnumque datum resarciamus, aut ædes totas quasi noxæ dedamus. *l.* 7. § *ult. l.* 9. *pr. ff. de damn. infect.* Ita quoque vi fluminis in alienum agrum importata dominus auferre potest, modo de damno, si quod inde obtigit, reparando caveat. *d l.* 9. §. 1. 3. *d. t.* JOH. THOM. *tr. de nox. anim. c.* 3. *n.* 5. Si futurum ex ædibus aut opere nostro metuatur damnum, potest vicinus Prætorem adire, ut de damno sibi caveatur [d]. *l.* 7. *& tot. tit. D. de damn. inf.*

IV. SIMILI ex causa actio aquæ pluviæ arcendæ competit domino ob damnum, quod in agro metuit ex aqua pluvia, opere manu facto [e], contra dominum loci, ubi id factum, ut illud destruatur. *tot. tit. D. de aq & aq. pluv. arc.* vid. MOLIN. *tr.* 2. *de I. & I. D.* 704. Est hæc actio personalis *l.* 6. §. 5. *d. t.* in rem scripta. *l.* 12. *eod.*

ADD. *l.* 4. *T.* 8. *I. de nox. action. T.* 9. *si quadr. pauper. fec. dic.*

## TITULUS XXVIII. DE PUBLICIS JUDICIIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Publicorum judiciorum descriptio.* I. 48. ff. t. 1. de publ. judiciis. *& criminum publicorum.* II *Hodie quilibet crimina magistratui denunciare potest.* III. *Ejusmodi crimina publica sunt crimen læsæ majestatis humanæ;* L. 48 ff. t. 4. ad. Leg. Juliam Majestatis. IV. *Cuius species est perduellio.* V *Hujus pœna.* VI. *Simplex crimen læsæ majestatis; ejusque pœna.* VII. *Majestas divina læditur* 1. *per blasphemiam.* VIII. 2. *Per perjurium.* IX. 3. *Per dæmonomaniam.* X. *Vel pa-*

*c*) QUAM speciem vindictæ privatæ esse, per se patet. Eademque ipsa jus abigendi canibus animal comprehendit, si hoc velox sit, nec pignorari possit. *Ut* tamen licite fiat pignoratio, requiritur I) factam eam esse in loco, ubi damnum datum est, II) ipsum pignus judici tradi. Præstat pignoratus I) reparationem damni læso, II) judici emendam sive pœnam, & huc usque jus retentionis exercetur. *Sin* contumax sit pignoratus in redimendo pignore, pro qualibet nocte contumaciam luit pœna 4. grossor. Quæ ipsa, si in tantum excrescit, ut æstimationem pignoris exæquet, pignus in commissum cadere facit add. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. III. Ex. V.* § *XXX.*

*d*) HODIE judex his in casibus rem, quæ damnum minatur, oculis subjicere, & mandatis pœnalibus, ut per reparationem vel fulcimentum ruina & damnum evertatur, simul efficere solet. Sola enim cautio sæpius non sufficit, ut satis tutus sit ille, qui damnum metuit, cum & ruina damnum irreparabile producere possit. Recte tamen iis in casibus cautionem urgemus, ubi non ex ruina aliarum ædium, sed ex opere, quod quis alias in suo jure facit, damnum imminet, v. c. si ex furno incendium metuimus, si quis fodiat in suo, ut paries meus stare non possit.

*e*) NON itaque, si aqua naturaliter noceat *L. I.* § *XV. de aqu. & aqu. pluv.* non, si opus destructum sit *L. I.* §. *XXII. Eod.* non, si ex accidenti forma fundi mutetur *L. II.* §. *VI. Eod.* Præterea requiritur, ut damnum positivum ex opere facto proveniat. Non itaque huc pertinet, si opus fiat, ne aqua prosit *L. II.* §. *V. L. I.* §. *XI. D. Eod.* Denique requiritur, opus fieri alio fine, quam agri colendi causa *L. I.* §. *III. & XV. D. Eod.*

*ctum saltim tacitum cum dæmone.* XI. *Vel alias artes diabolicas exerceat.* XII. *Vindicatur L Julia etiam stuprum & adulterium, illud vel voluntarium.* L. 48. ff t. 5. Ad L. Jul. de adult. coerc. XIII. *Vel violentum.* XIV. *Differt a stupro fornicatio.* XV. *Lupanaria non tolerantur.* XVI. *Adulterii tria genera.* XVII. *Agitur ob adulterium vel civiliter.* XVIII. *Vel criminaliter. Pœna primi & secundi generis adulterii. Pœna tertii generis.* XIX. *Causæ ob quas pœna ordinaria mitigatur.* XX. *Bigamiæ descriptio. Pœna.* XXI. *Incestus.* XXII. *I. inter consanguineos, & quidem* 1. *adscendentes & descendentes;* XXIII. 2. *Collaterales.* XXIV. *II inter affines.* XXV. *Raptus.* XXVI. *Committitur etiam hoc crimen persuasionibus abducendo virginem.* XXVII. *Sodomiæ* XXVIII. *Concubinatus.* L. 25. ff. t. 7. de Concubin. XXIX *Lenocinium.* XXX. *Homicidium voluntarium.* L. 48 ff. t. 8. Ad L. Corn. de sicar. & venef. XXXI. *Ejus pœna.* XXXII. *Homicidium culposum arbitrarie punitur: casuale a pœna est immune;* XXXIII. *Us & necessarium; modo adsint debita requisita.* XXXIV. *Autochiriæ seu propricidii pœna.* XXXV. *Latrocinii pœna* XXXVI. *Assassinii pœna.* XXXVII. *Parricidii descriptio.* L. 48. ff. t. 9. de Lege Pompeja de Parricid. XXXVIII. *Parricidii pœna, commissi in linea recta; inter conjuges; in linea collaterali.* XXXIX. *Crimen incendii describitur. Ejus pœna ordinaria. Extraordinaria.* XL. *Vis publicæ descriptio.* L. 48. ff. t. 6. Ad L. Jul. de vi publ. *Pœna.* XLI. *Fractæ pacis crimen.* XLII. *Vis privatæ descriptio; pœna.* L. 48. ff. t. 7. ad L. Jul. de vi privata. XLIII. *Crimen falsi.* L. 48. ff. t. 10. ad L. Cornel. de falsis. & de SCto Liboniano. XLIV. *Crimen falsæ monetæ.* XLV. *Crimen repetundarum.* L. 48. ff. t. 11. de L. Jul. repetund. XLVI. *Crimen fraudatæ annonæ.* L. 48. ff. t. 12. de Lege Julia de annona. XLVII. *Crimen peculatus.* L. 48. ff. t. 13. ad L. Jul. pecul. & de resid. XLVIII. *Sacrilegium.* XLIX. *Crimen de residuis.* L. *Ambitus.* L. 48. ff. t. 14. Ad Legem Juliam de ambitu. LI. *Simonia.* LII. *Plagium.* L. 48. ff. t. 15. Ad Leg. Fabiam de plagiariis.

I. PUBLICA judicia [f] jure Romano dicuntur, quæ lege peculiari de crimine notabili introducta sunt, data plerumque cuilibet de populo executione seu potestate ob crimen illud solenni judicio reum accusandi, *l. 1. ff. de pub. jud.* juncto §. 1. *I. eod.* Crimina igitur publica sunt, in quibus puniendis damnum, quod per illa Reipublicæ illatum, vindicatur, & ut hoc vindicetur, ordinariæ & criminales pœnæ legibus publicorum judiciorum statutæ, *d. l. 1.*

II. HODIE quidem ejusmodi accusatio publica non amplius in usu est [g], sunt

f) Ex iis, quæ supra de delictis privatis præoccupavimus, quænam sit litera characteristica publicorum judiciorum, facile colligi potest. Versabantur enim judicia privata in meo & tuo, & læsus, vel ille, cujus intererat, interveniente actione pœnam sibi proficuam persequebatur. Sed in publicis judiciis de satisfactione Reipublicæ præstanda, pœnaque publica delinquenti infligenda, mediante accusatione, quilibet, qui volebat, sollicitus esse poterat. Eoque nomine publica judicia illa erant, in quæ lex publica *L. I. de publ judic.* publicam pœnam Reipublicæ solvendam, *L. III. §. II. Stellion.* prævio publico & solenni processu *L. VIII. de publ. judic.* infligendam statuerat. Sed, ut jam diximus, hodie omnia potius delicta publica sunt, nec privato ullum inde emolumentum oritur.

g) EST tamen in usu ipsa adhuc accusatio. Quamvis enim Constit. Criminalis Carolina ad ductum juris Canonici & Ordinationis Criminalis Bambergensis inquisitorium magis processum, in quo judex ex officio delicta investigaret, stabiliverit, quod, quare factum sit, docet THOMASIUS *in Diss. de occas. intentione & concept. Const. C.C.* non tamen ideo processum accusatorium sustulit, sed una cum inquisitorio approbavit, regulasque, quas accusator sequeretur, suppeditavit, vid. *art. XI. XIII XIV.* pluresque alios. Quæ tamen, cum duram admodum reddant accusatoris privati conditionem, haud vanam suppeditant conjecturam, id intentione sua egisse legislatorem, ut accusationes privatæ sensim in desuetudinem abirent. Quare nec hodie frequens earum est usus. Eo major fere usus accusationum a persona publica, eum in finem constituta, peragendarum, cum nulla fere provincia Germaniæ sit, quæ accusatores publicos nesciat, qui ex officio delicta deferunt, & salarium vel ex publi-

tamen nonnullis locis certæ personæ constitutæ, (*Rügemeister*) quæ magistratui delicta denunciare debent. Alias etiam cuilibet denunciare licet; imo Magistratus exigit officium, ut absque denunciatione inquirat & procedat. vid. CARPZOV. *p.* 3. *q.* 103. *seqq.* BRUNNEM. *de proc. inquis.*

III. INTER ista crimina publica recensetur crimen læsæ Majestatis, quod adversus Reipublicæ aut ejus, penes quem est summum in Republica imperium, securitatem, vel contra dignitatem & potestatem committitur. *l.* 1. *§.* 1. *& ult. ff. ad L. Jul. Majestat.*

IV. COMMITTITUR hoc crimen bifariam 1.) & principaliter, si quis contra ipsam Principis aut Reipublicæ salutem quid molitur; 2) cum quis ea, quæ Majestatis sunt, violat, & dignitatem atque existimationem Principis lædit. Primi generis crimen dicitur perduellio, quæ est quævis machinatio & factum, ad Reipublicæ eversionem & labefactationem eorumve, qui Reipublicæ præsunt, & per quos ea regitur [h], interitum tendens. *l.* 1. *ff. ad Leg. Jul. Maj. l.* 5. *C. eod.*

V. POENA hujus delicti est gladius, vel etiam severius aliquod ultimi supplicii genus, veluti dissectio in quatuor partes, ORD. CRIM. *art.* 124. item bonorum omnium publicatio & confiscatio, *l.* 9. *l. ult. ff d. t. d.* ORD. CRIM. *art.* 218. & porro memoriæ rei post mortem damnatio: unde filii fiunt infames. *l.* 5. *§.* 1. *C. ad L. Jul. Maj.* AUR. BULL. *cap.* 24. *pr. & verf. volumus insuper. d.* ORD. CRIM. *art.* 218. add. CARPZ. *Pr. Cr. P.* 1. *q.* 41.

VI. SIMPLEX crimen læsæ majestatis committitur vel facto, ad contumeliam Principis [i] aut Reipublicæ tendente; & pœna itidem est capitalis, absque tamen confiscatione bonorum, quæ tamen, secundum circumstantias, & qualitatem facti, aliquando mitigatur: *l.* 7. §. 3. *ff. ad L. Jul. Maj.* vel verbis seu maledictis, quibus arbitraria pœna [k] irrogatur. *l. un. C. si quis Imper. maled.* CARPZOV. *d. l.*

eo accipiunt vel ex sportulis emolumentum capiunt. Imo de jure Communi ita sæpius videmus processum inquisitorium cum accusatorio misceri, ut judex, simulac, inquisitione generali peracta, cognoverit, delictum esse commissum, accusatorem constituat, qui contra reum gravatum indiciis libellum accusationis porrigat, & cum eo litem ad finem usque pertractet.

*h*) FORMALE igitur hujus criminis consistit in eo, ut I) aliquid suscipiatur in Reipublicæ perniciem & salutis ac tranquillitatis publicæ turbationem tendens, vel sileatur, quod ab aliis eam in finem committitur. Nam & ille fit perduellionis reus, qui scientiam criminis habet, nec tamen illud revelat, imo & ille, qui consilium solum admisit *L. V. C. ad L. Jul. majest.* ZIEGLER. *de jur. majest. Lib. I. cap. II.* §. *XLVII. seqq.* Duplex enim officium est subditorum, primo, ne quid moliantur in Rempublicam, deinde, ut damnum avertant. Cumque hodie denunciare & indicia suppeditare sufficiat, non est, cur denuncians, sibi delationem fore molestam, timeat. Nec interest, sive in Rempublicam ipsam immediate, sive in vitam Principis, qui præest Reipublicæ, sive in eos, per quos imperans Rempublicam tuetur, quid meditetur perduellis, *d. L. V. C. ad L. Jul. majest.* AUREA BULLA *cap. XXIV.* modo meditetur eversionem Reipublicæ II) ut perduellis sit subditus vel incola, CLEMENT. *pastoralis II. de re judic.* etiamsi exilio ex patria expulsus, eum, cessantibus licet officiis specialibus civis, non tamen cessent obligationes generales subditi ZIEGLER. *d. l.* §. *XLIV.*

*i*) QUOD generatim fit, quando quis proprio ausu jura majestatica usurpat. Id tamen intelligas velim, de juribus, quæ majestati ita cohærent, ut salva ea abesse nequeant, non de iis, quæ improprie regalia dicimus, quæque Principes ex diuturno & quieto usu cum exclusione subditorum sua fecerunt.

*k*) LEX quidem allegata eum, qui Prin-

VII.

VII. Occasione hujus etiam dicendum est de crimine læsæ majestatis divinæ, cujusmodi est 1.) Blasphemia, quæ est quodlibet dictum contumeliosum in divinam Majestatem. Hæc alia est [l], quæ ex consuetudine, pravo more, malo usu loquendi committitur: alia, quæ ex ira, præter animi intentionem fit: alia, quæ præmeditato, seu a sciente & volente. Et quidem divino jure severissime in hoc delictum animadversum legimus *Lev.* 24. *v.* 14. 15. & 16. A quo nec jus civile recedit, quo blasphemi ultimo supplicio puniuntur. *Nov.* 77. *c.* 1. §. 2. Hodiernis moribus arbitraria est pœna, fustigatio, relegatio: aliquando mortis etiam pœna infligitur, si horrenda fuerit blasphemia. vid. Damhoud *pr. Crim. q.* 61. *n.* 2. Jul. Clar. §. *blasphemia n.* 3. Rec. Imp. *de A.* 1548. *tit. von Gotteslæstern.* 1. Const. Elect. 1. *p.* 4. *ibique* Carpzov. *& prax. Crim. p.* 1. *quæst.* 45. Theodor. *colleg. crim. D.* 9. Decis. Elect. *noviss.* 75. ubi Philipp. *observ.*

VIII. 2.) Perjurium, cui pœna statuta est amputatio duorum digitorum, Ordin. Crimin. *art.* 107. quod tamen ad casum ibi & consequenti *art.* 108. expressum restringunt? Carpzov. *p.* 1. *quæst.* 46. *num.* 50. *& seqq. & qu.* 47. ubi etiam de pœna perjurii in relegato revertente, alias vero pœna pro ratione circumstantiarum est arbitraria [m]. Carpzov. *d. l. qu.* 46. *n.* 43.

IX. 3.) Daemonomania magorum & sagarum, qui Deum abnegant, & fœdus expressum cum diabolo ineunt; quorum pœna est ignis, licet nemini nocuerint, Carpz. *d. p.* 1. *q.* 49. [n]

cipi maledixit, impune dimitti jubet, dum statuit, maledictionem, quæ ex levitate fit, contemnendam, quæ ex insania, commiseratione dignam, quæ ex injuria, remittendam esse. Sed hodie hac lege non utimur. Id tamen a Principibus quibusdam statutum deprehendimus, ut judex prius, quam in hoc crimen inquirat, ad Principem referat, ejusque jussum expectet.

*l*) Imo potius blasphemia est vel immediata, quando vel existentiæ vel attributis Numinis divini, quod religiose colimus, detrahimus, vel mediata, quando, quod alias ex principiis religionis, quam profitemur, venerari debemus, contemnimus, & profana ratione de eo loquimur. Igitur, utrum blasphemia adsit, in foro externo punienda, ex principiis cujuscunque religionis dijudicandum est. Non tamen alia, quam prior species capitalis est.

*m*) Distinguenda sunt perjuria extemporanea a præmeditatis, ab initio commissa ab iis, quæ ex intervallo fiunt. Extemporanea plerumque impunita manent. Præmeditata puniuntur, & quidem ea, quæ ab initio talia sunt, si lucri causa in judicio fiunt, ut & violationem urphedæ abscissione digitorum puniri jubet Nemesis Carolina. Sed hanc pœnam mores in posteriori solum specie servant. Reliqua perjuria arbitrarie puniunt. In duobus tamen casibus perjurium ultimo supplicio afficitur. I) Si præmeditato consilio quis perjurio effecit, ut innocens vitam amitteret. II) Si urphedam tertia vice violat Carpzov. *Qu. Crim. XLVI.*

*n*) Magiam quadruplicis generis statuunt I) Conjunctam cum pacto expresso cum diabolo II) Conjunctam cum fœda commixtione cum diabolo. III) Si incantationibus alicui damnum illatum. IV) Si incantationibus & superstitiosis rebus quis absque alterius damno studet. Tres priores species capitali pœna subjiciebant olim nostrates, forsan auctoritate Juris Canonici, quod hæreticos & apostatas igni tradit. Sed experientia docuit, duas priores species plerumque in figmentum abiisse, hominesque vel somniis, vel melancholia, vel aliis causis seductos esse, ut pacta & commixtiones cum Diabolo sibi imaginarentur. Quare judicis est, ut caute procedat, ubi de tali delicto sermo est, & prius medica, quam juridica remedia ad malum extirpandum adhibeat. Cæterum justam omnino pœnam luunt non illi solum, qui aliis nocent improbis artibus, sanitatemque & vitam, ut & facultates eorum periculo exponunt, sed illi etiam, qui res superstitiosas tractant, & dignitati atque gloriæ Dei detrahunt.

X. AB hac magia differt crimen, quando saltim tacitum pactum intercedit, cum nimirum quis diaboli utitur ope & auxilio, idque iterum tripliciter contingit 1. si quid commercii cum dæmone habendo, & artes diabolicas exercendo nocetur; & itidem pœna ignis videtur statuta *art.* 109. ORD. CRIM. sed dictari solet pœna gladii; nisi tales maleficæ personæ cum dæmone concubuerint: quo casu itidem pœna ignis obtinet. *d. C. p.* 4. *ibique* CARPZOV. *def.* 3. *seqq.*

XI. 2. SI quis ejusmodi artibus non noceat, sed arte diabolica v. gr. divinationes exerceat, & itidem pœna capitalis solet dictari CARPZOV. *d. l.* 3. si quis superstitiosis remediis utatur; & pœna est arbitraria pro modo admissi, carceris, relegationis, fustigationis. vid. CARPZ. *p.* 4. *c.* 1. *d.* 8.

XII. VINDICATUR Lege Julia adulterium & stuprum. Stuprum est concubitus illicitus soluti cum fœmina soluta &honesta. Punitur hodie stuprum voluntarium, quod scilicet volente & consentiente fœmina committitur, pœna carceris aut mulcta, & stuprator tenetur stupratam aut dotare, & alimenta infanti præstare, aut in uxorem ducere °. CARPZ. *pr. C. p.* 2. *q.* 68. *n.* 14. *& seqq.* JOH. A SANDE *l.* 2. *t.* 1. *d.* 19. aliquando pœna ratione circumstantiarum est gravior. vid. RICHTER. *decis.* 88. Dos autem secundum qualitatem fœminæ stupratæ judicis arbitrio æstimari solet, quantum nimirum verisimiliter puellæ pater ei in dotem dedisset.

XIII. STUPRUM vero violentum est, quo quis fœminæ per vim stuprum P infert, & pœna infligitur gladii. vid. CONST. ELECT. 30. *p.* 4. *ibique* CARPZOV. *d.* 1. *seq.*

XIV. DIFFERT a stupro fornicatio seu scortatio, quæ est concubitus cum meretrice, pluribus se prostituente, commissus & quidem meretrix manifesta, vel palam se prostituens, perpetua relegatione plecti solet, clandestina vero carcere punitur, ob frequentiam patrati maleficii & huic infligitur relegatio: si vero meretrix quempiam morbo gallico, vel alio contagio, in congressu infecerit, vel aliæ concurrant circumstantiæ, virgis cæsa perpetuo relegatur. Mares autem, qui cum meretrice scortati sunt, carcere vel mulcta afficiuntur. add. CONSTIT. ELECT. *part.* 4. *c.* 28. vid. BERLICH.

o) ITA ut jus eligendi sit penes stupratorem, non penes stupratam, quippe quæ illud jus stupratori nulla ratione adimere potest. Sic dotem non accipit, si nuptias renuit, si ab eo stuprum patitur sciens, cum quo matrimonium contrahere nequit WERNHER. *P. IV. Obs. CXLIV.* si pendente lite alii nupserit IDEM *P. VIII. Obs. CCXII.* imo & infans, si ante condemnationem stupratoris moriatur stuprata, dotem petere nequit IDEM *P. VI. Obs. CCCXXX.* Præterea onus dotandi cessat, si vel meretricis instar corpore quæstum fecit, vel ipsa stupratorem seduxit. Onus vero alendi infantem citra omnem distinctionem stupratori incumbit, modo, eum stupratorem esse, constet.

p) GENERATIM stuprum violentum committitur in non consentientem, ut sic nil intersit, sive refractaria per vim externam comprimatur, sive non refractaria, quæ tamen juris intellectu consentire plane nequit, v. c. infans, stuprum patiatur. Cum impubere vel demente non refractaria stuprum violentum non committitur. Quia tamen juris intellectu nondum plene & cum effectu consentire potest, stuprator graviorem ordinaria pœnam in se provocat. Cæterum stuprata, quæ vel refragatur, vel juris intellectu plane non consentit, pœnam non luit, modo in priori casu probet, vim externam se esse passam. Et in urbe quidem stuprata, nisi cum clamore testificata sit, sibi vim fieri, idque probet, vel statim judicem adeat, præsumtionem consensus excitat. Idem juris est, si in agro vel locis remotis stuprata domum rediens se violatam non statim conqueritur.

*part. 5. concl.* 39. Carpz. *pr. cr. part.* 2. *qu.* 80. *n.* 1. *seqq.* Rennem. *Jurispr. Romano-Germ. m.* 360. *th.* 79. *& seqq.*

XV. Neque enim lupanaria in nostris terris tolerantur. vid. Carpzov. *d. l. n.* 6. Theodor. *d. coll. crim. D.* 6. *th.* 4. *h. circ. fin.* Rennem. *d. l. th.* 10.

XVI. Adulterium q) dividitur juxta hodiernum usum in tria genera. Primum est, quod committitur inter utrinque conjugatos, & dici solet adulterium duplicatum (*Oberhurerey:*) secundum a conjugata & soluto; tertium a conjugato & soluta.

XVII. Agitur ob adulterium vel civiliter, vel criminaliter. Actio civilis r) tendit ad vinculi matrimonialis separationem, & dotis vel donationis nuptialis lucrum, & quidem parti innocenti ad secunda vota transire permittitur; nocenti autem omne interdicitur conjugium. Carpz. *p.* 2. *q.* 63. *n.* 12.

XVIII. Accusatio criminalis, vel ab accusatoris interpellatione, vel ex officio suscepta, tendit ad pœnam & adultero & adulteræ infligendam. Est vero primi & secundi generis adulterio statuta pœna gladii. *l.* 30. *in f. & l.* 9. *C. ad L. Jul. de adult.* quod tamen postea a Justiniano quoad uxorem est immutatum & statutum, ut fœminæ adulteræ virgis cædantur, & in monasterium detrudantur. *Nov.* 134. *c.* 10. add. Const. Carol. *art.* 120. Carpz. *p.* 2. *q.* 53. *n.* 10. *&* 30. Plurimis tamen in locis in puniendis adulteriis mas & uxor æquali afficiuntur pœna. Propter tertii generis adulterium commissum dictatur marito secundum jus commune pœna relegationis & fustigationis, fœminæ vero solutæ, carceris, & relegatio ad tempus. Carpzov. *d. loc. n.* 56. *&* 60. Jure vero Electorali Saxonico & moribus quorundam locorum, etiam propter tertium genus adulterii pœna gladii dictatur marito, & fustigatio fœminæ solutæ *p.* 4. Const. Elect. 19. add. Carpzov. *ibid.*

XIX. Mitigatur pœna adulterii s) 1. ob intercessionem, remissionem, &

q) Idque de jure Civili consistebat in violatione thori alieni, sive concubitu cum aliena uxore, ut sic non nisi in nuptam committeretur, maritus vero cum soluta concumbens stuprum solummodo perpetraret *L. VI. § I. L. XIII. § I. sq. L. XXXIV. § I. ad L. Jul. de adulter.* Verum cum indoli matrimonii conveniat, ut fides conjugalis reciproca sit, rectius nostri formale adulterii collocant in violatione fidei conjugalis dolosa, & sic uterque conjugum adulterium committere potest. Ut autem, ubi de puniendo crimine sermo est, conatus delinquendi ab ipso delicto distinguendus est, ita & in delictis carnis ad eum effectum, ut pœna ordinaria locum habeat, ubique respicere debemus, an delictum sit consummatum, quod hic sigillatim fit per immissionem seminis in vas fœmellæ, cum qua coimus. De hac itaque, ut certo constet, omnino requiritur. Qua occasione non convenit inter Doctores, an unius partis confessio sufficiat, ut corpus delicti certum sit, & confessus pœnam ordinariam subeat. Non tamen dubitant JCti Jenenses, quin confessum, etiamsi alterius socii criminis confessio desit, condemnent, si modo aliunde de adulterio commisso simul constet. Nec video, quid huic sententiæ cum effectu objici possit, cum omnis confessio qualificata confitentem oneret. Per se tamen patet, unius confessionem solam per se alteri nocere non posse, nisi sub tormentis facta sit. Imo ne tum quidem plene convincit, sed præsumtionem solam urgentem operatur veritatis, quæ torturæ etiam ex parte non confitentis locum facere potest.

r) Quae id habet singulare, ut necesse non sit, plenam adulterii commissi probationem suscipere, sed præsumtiones hic sufficiant *c. XII. X. de Præsumt.* & sollicitatio alienæ fœminæ, cum ea ratione fides conjugalis jam læsa, justaque causa adsit divertendi.

s) Generatim, ut pœna adulterii ordinaria locum habeat, hæc concurrant necesse est I) Fines matrimonii cum conjuge obtineri posse II) mutuam fidem ab altera conjuge exhiberi III) & nihilosecius eandem ab altera conjuge violari dolose, nec IV) injuriam a parte læsa re-

receptionem in thorum, a parte innocente factum, *Nov.* 134. *c.* 10. etiamsi fuerit adulterium primi generis, quod duplicatum vocant [t]; modo circumstantiæ quædam aliæ concurrant. RICHTER. *dec.* 88. *num.* 89. Secus obtinet jure Electorali Saxonico. *d. p.* 4. *C.* 19. ubi add. CARPZ. *def.* 12. Ista remissio etiam præsumitur, si pars innocens fuerit mortua. Quid si incestus simul commissus fuerit? intercessionem conjugis non habere locum statuit COLERUS *dec.* 247. *num.* 19. Aliter sentit CARPZOV. *pr. crim. l.* 2. *qu.* 73. *num.* 78. *&* 79. *q.* 74. *num.* 78. *& seqq.* add. EUNDEM *p.* 4. *c.* 23. *d.* 1. ubi distinguit inter incestum in linea recta & collaterali commissum, ut in hoc habeat locum intercessio maritalis, non item in illo; 2. ob conditionem personæ, respectu cujus fœdus conjugale violatum, ut si non sit apta matrimonio, item si furore, aliove morbo contagioso laboret; 3. ob delictum alterius conjugis, si scilicet vel deseruerit conjugem, vel prius fœdus conjugale violaverit; 4. si solutus rem habeat cum uxore, meretricio more vivente, CARPZOV. *q.* 61. *&* 57. Item in *Decis. Elect. Nov.* 82. *&* 83. 5. si concubitus non fuerit consummatus. CARPZOV. *d. qu.* 61. *& p.* 4. *c.* 19. *d.* 17. 6. ob denegatum diutius debitum conjugale; 7. si decretum fuerit divortium quoad thorum & mensam, ... pars, præsertim innocens, adulterium commiserit; 8. efficit quoque honor matrimonii, ut pœna adulterii, ante conjugium initum commissi, mitigetur. CARPZ. *p.* 4. *c.* 19. *d.* 19.

XX. PERTINET huc etiam bigamia, quæ est crimen publicum, quo persona conjugata nuptias cum alia adhuc persona celebrat, & per concubitum consumat [u]. Pœna ejus est ultimum supplicium; ORDIN. CRIM. *art.* 121. neque mitigatur huc

mitti. Ad quæ capita casus in §o nominatos pluresque alios facile revocaveris.

[t]) EAQUE remissio sive condonatio fit vel expresse, quando læsus judicialiter intercedit, seque injuriam remittere legitime declarat, atque eatenus nil interest, sive pure sive conditionate remittat. Quod ultimum quidem ex rationibus non contemnendis in dubium vocat WERNHER. *P. III. Obs. XL.* sed in Praxi tamen contrariam opinionem locum habere fatetur *in Supplem. ad d. Obs. Vol. III. p.* 764. Eodem modo facta remissione cessat pœna ordinaria, etiamsi pars lædens eam acceptare nolit CARPZOV. *Qu. Crim CV. n.* 126. BERGER. *Elect. Pr. Crim. cap. II. membr. IV. §. 1. n.* 5. *in fin.* Vel etiam fit tacite, quorsum pertinet, si pars læsa sciens lædentem in thorum iterum recipiat, vel etiam ante mortem de vindicanda injuria non conqueratur WERNHER. *P. II. Obs. CCCCLXIV.* Nec Jure Communi ulla in hoc argumento locum sibi inter adulterium simplex & duplicatum vindicat distinctio. SCHILTER. *Ex. XLVII. §. XCII.* BERGER. *d. l. & Oec. Jur. p.* 822. *in fin.* Sed in utroque casu pœna ordinaria cessat, non ex parte solum lædentis, sed etiam ex parte ejus, qui cum lædente carnalem copulam exercuit CARPZOV. *Qu. Crim. LV. n.* 122. *sqq.* WERNHER. *P. VIII. Obs. CCCCXLV.*

[u]) BIGAMIAE crimen ab adulterio non nisi specie differre, res ipsa docet. Formalem tamen rationem criminis Carolus V. in art. CXXI. posuit in ἱερολογίᾳ, & ideo gravius id ipsum adulterio esse crimen judicavit. Quod principiis quidem Canonici juris & doctrinæ de sacramento matrimonii convenit. Ex nostris autem principiis formale criminis non tam in violatione sacramenti, quod non agnoscimus, quam in violatione fidei conjugalis ponendum erat. Quapropter dubium non est, quin ea, quæ de adulterio cum puniendo, tum condonando, dicta sunt, recte huc applicentur. THOMASIUS *Diss. de crimine bigamiæ & de præscriptione bigamiæ*. Imo jurisprudentia Saxonica eatenus consentit, ut non benedictioni sacerdotali, sed copulæ carnali effectum ultimi supplicii tribuat CONST. ELECT. XX. *P. IV.* Quapropter, ut extra Saxoniam intercessio & remissio læsi recte pœnam mitiget WERNHER. *P. I. Obs. CXXXIII.* ita & eam in Saxonia eundem effectum habere debere agnoscit *P. I. Obs. CLXXXIX. P. III. Obs. XCI.* Præterea ex iisdem fundamentis crimini intra quinquennium præscribi, recte defenditur.

propter intercessionem prioris legitimæ conjugis. Cæterum de aliis causis mitigandi hanc pœnam legatur CARPZ. *q.66.*

XXI. PORRO huc spectat incestus, qui est concubitus, inter personas consanguineas, aut affines, conjungi prohibitas [x], scienter perpetratus. *l.38.ff. ad L. Jul. de adult. l.39.* §. 1. *l.ult. ff. de rit. nupt.* ORDIN. CRIM. *art.* 117.

XXII. COMMITTITUR autem incestus ob consanguinitatem vel cognationem (I) in recta linea inter ascendentes & descendentes in infinitum: cujusmodi incestus gladio regulariter plectitur. vid. CONSTIT. ELECT. *p.4. c.22. ubi* CARPZOV. *d.1. & in pr. crim. part.2. qu.72. num.21. & seqq.*

XXIII. DEINDE (II) in linea collaterali seu transversa incestum perpetrant (1.) fratres & sorores, carnaliter se commiscentes, ac virgis cæsi in perpetuum releganlur. *d. const.22.* ibique CARPZOV. *def.5.* Nec non (2.) frater vel soror ex una parte, & fratris vel sororis liberi ex altera parte, ac itidem fustigatio cum perpetua relegatione infligitur. In gradu vero ulteriori, ubi itidem subest respectus ut inter parentes ac liberos, (vid. *Lib.1. Tit.6. aph.6.*) solum relegationis pœna obtinet. add. CARPZ. *p.4. C.22. d 8.* Porro (3.) consobrini consobrinæque, vel fratres & sorores patrueles, h. e. duorum fratrum sororumve liberi, qui in perpetuum relegantur. CARPZOV. *ibid. d.6.* Similiter (4.) incestus commissus ab iis collateralibus, qui tertio gradu lineæ inæqualis ab invicem distant, si iste respectus, de quo jam diximus, non subsit, itidem (vid. *d. Lib.1. tit.6. aph.7.*) relegatione, sive perpetua sive temporali, si remotioris gradus fuerit cognatio, punitur. vide latius CARPZOV. *prax. crimin. part.2. qu.73. per tot.* RENNEM. *Jurispr. Rom. German. Forens. membr.3. D.60. th.44. & seqq.*

XXIV. PROPTER affinitatem 1.) inter personas, quæ ratione illius ut ascendentes & descendentes se habent, vid. *d.l.1. t 6. aph.8.* commissus incestus fustigatione ac relegatione punitur. Similiter 2.) affines in gradu primo lineæ æqualis concumbentes, virgis cæsi in perpetuum relegantur: ut si quis cum uxoris defunctæ sorore concumbat, aut cum duabus sororibus rem habeat. Porro 3.) affines in gradu secundo lineæ inæqualis incestum committentes, in perpetuum relegantur. Denique 4.) cæteri affines, inter quos matrimonium prohibitum, carnaliter se commiscentes arbitraria, pro modo circumstantiarum, vel carceris, vel temporalis relegationis pœna afficiuntur. vid. CARPZOV. *d. part.2. quæst.74. per tot.* RENNEM. *d.l. D.90. th.40. & seqq.*

XXV. EXPLICANDUM hic etiam est crimen raptus, quod committitur vi abducendo libidinis causa personam honestam. *l. un. C. de rapt. virg. l.5.* §. 2. *ff. ad L. Jul. de vi publ.* Hujus criminis pœna est capitalis [y]. *d. text. &* ORD. CRIM. *art.*118.

[x]) INCESTUS pœna, ceu ex exemplis subjectis apparet, semper arbitraria est, nisi primo commissus inter ascendentes & descendentes sanguine junctos, & secundo in reliquis casibus cum adulterio concurrat, ex moribus provinciæ morte expiando. Tum enim ultimum supplicium locum habet. In pœna arbitraria vero distinguendo incestum, qui in prohibitionem juris divini incidit, ab incestu, qui contra prohibitionem juris humani committitur, distinguere jubet Praxis, eo fine, ut posteriori in casu semper mitior pœna adhibeatur.

[y]) HAEC, ut dici rapi possit, adesse debent sequentia. I) Raptam esse personam honeste viventem. Raptus meretricis in crimen vis privatæ solum incidit. II) Non consentientem. Nam vis præcise non requiritur, sed sufficit persuasionibus inductam, ut consentiret, vel eam, quæ juris intellectu consentire nequit, raptam esse. III) Ex loco in alium locum abductam. IV) Li-

& quidem ſtricto jure non ſolum raptores ipſi, ſed & cæteri omnes auxiliatores, ejusdem criminis conſcii & miniſtri, qui in ipſo raptu operam præſtiterunt, eadem pœna afficiuntur. *d. l. un.* §. 2. *verb. vel quicunque opem.* add. CARPZOV. *p.* 1. *qu.* 46. *num.* 7. Neque excuſatur raptor a pœna raptus, quod mulierem rapuerit animo contrahendi cum ipſa matrimonium. *l.* 5. *C. de Epiſc. & cleric.* Imo pœna etiam obtinet concubitu non ſecuto, ſecundum *d. l. un.* alii tamen eo caſu, quo raptor raptam carnaliter non cognoverit, cum tamen potuiſſet, arbitraria eum & mitiori pœna puniendum volunt, ſi nimirum matrimonii cauſa rapuerit. vid. CLARUS §. *raptus n.* 4. *in f.* BOER. *deciſ.* 316. *n.* 4. MENOCH. *de arb. jud. quæſt caſ.* 360. *n.* 30. *&* 32. FARINAC. *p.* 2. *Crim. t.* 16. *q.* 145. *&* §. *Cognatus. n.* 196. *& ſeqq.* THEODOR. *in Coll. Crim. Diſp.* 6. *th.* 8. *lit. d. & ſeqq.*

XXVI. COMMITTITUR vero etiam raptus per omnem machinationem, qua malis artibus quis virginem induxit & ſollicitavit, ut raperetur: nam eo modo alicui perſuadere, eſt compellere. *l.* 1. §. 3. *ff. de ſerv. corr.* quomodo intelligenda ſunt verba *d. l. un.* §. 2. *C. de rapt. ſive volentibus, ſive nolentibus &c.* Velle enim non intelligitur, quæ ſeducitur, & circumvenitur pravis perſuaſionibus; quamvis minus delinquere, & ob id arbitrarie tantum puniri velint eos, qui volentes blanditiis & promiſſis ſeduxerint. vid. ANTON. MATTH. *tr. de Crim. L.* 48. *t.* 4. *num.* 8.

XXVII. CONTRA naturam concubitus qui committitur, dicitur ſodomia [z], cujus pœna eſt, ut delinquens igne cremetur. ORDIN. CRIMIN. *art.* 116. vid. CARPZ. 2. *q.* 76. & quando cum bruto commiſſa, & hoc ob deteſtationem delicti comburitur. CARPZOV. *d. l n.* 32. Affine crimen ſodomiæ committunt maſtupratores, tribades & ſimiles, qui relegatione, aliave pœna, imo interdum & fuſtigatione coercentur. CARPZ. *d. p.* 2. *q.* 76. *n.* 10. *& ſeqq.* EXERC. NOSTR. *ad Pand* 49. *th.* 43.

XXVIII. PROHIBITUS etiam eſt hodie concubinatus [a], qui deſcribitur conjunctio viri & mulieris, diuturnæ cohabitationis & concubitus gratia inita, citra affectionem maritalem. RECESS. IMPER. *de anno* 1530. *&* 1548. ORDIN. POLIT. *tit.*

libidinis gratia. Hæc ſi aderant, de jure civili ipſe raptus pœnam capitalem producebat, ſive concubitus eſſet ſecutus, ſive non, ſive rapta poſtea conſenſiſſet, nec ne. Sed ex jure Canonico vi *cap. fin. X. de raptor.* pœna mitigatur, ſi matrimonii cauſa raptum quis fecerit, ſi concubitus non ſecutus ſit, ubi fieri potuiſſet, ſi denique poſtea rapta in matrimonium conſentiat.

z) QUAE triplex eſt, & conſiſtit in copula carnali, quæ fit vel contra naturam generis, vel contra naturam ſexus, vel contra ordinem a natura præſcriptum. Tertia ſpecies peccatillis plerumque annumeratur, & neque attentione neque pœna judicatur digna. Secunda Romanis erat delictum extraordinarium. Hodie & ſecunda & prima ſpecies morte expiatur. Reliqui impudici actus arbitrariæ pœnæ ſubſunt.

a) HIC Jure Moſaico & Romano haud diſtinctione toleratus, ut illo & veræ uxori concubinam ſuperinducere liceret, hoc concubinatum matrimonio addere prohibitum eſſet, nulla pœna ſuberat, ſed intentione verum matrimonium erat, omnesque obligationes naturales producebat, effectu autem legali deſtituebatur, & neque concubinam uxorem legitimam, neque partum ex concubina ſuſceptum legitimum efficiebat. Ipſaque concubinatus Romanorum litera characteriſtica in eo quærenda erat, quod in concubinatu neque pacta dotalia, neque ſolennis in domum deductio interveniret. THOMASIUS *Diſſ. de concubinatu.* Sed hodie, cum Reip. interſit, ut omnia ordine fiant, & matrimonia certa atque legitima ſint, omnis viri & mulieris conjunctio, abſque ſolennitatibus a jure humano præſcriptis peracta, illegitima & illicita eſt, pœnaque arbitraria coercetur.

26. conf. EXERCIT. NOSTR. *ad Pand. XXX. th.* 86. *& seqq.* Pœna ejus est arbitraria, carceris scilicet vel pro ratione circumstantiarum relegationis, vid. CARPZOV. *d. part.* 2. *quæst.* 70. *n.* 38. *& seqq.*

XXIX. TANDEM adjiciendum est lenocinium, quod est crimen, quo quis ex stupris, scortationibus & adulteriis promovendis quæstum sibi facit [b], ut qui virgines, mulieres & meretrices, quæstus gratia, ad actum venereum publice aut occulte pellicit. Et quidem si parens liberos, vel maritus uxorem lucri causa prostituat, pœna est capitalis: ORD. CRIM. *art.* 122. CONST. ELECT. SAXONIC. *p.* 4. *C.* 29. add. CARPZOV. *p.* 2. *q.* 71. aliis vero casibus pœna est arbitraria, pro modo admissi. *d.* ORD. CRIM. *art.* 123. CLAR. *§. fin. qu.* 68. *n.* 24. DAMHOUD. *Pr. Crim. c.* 95. *num.* 8. MENOCH. *cas.* 539. *num.* 43. FARINAC. *d. q.* 144. *n.* 6. *&* 11.

XXX. LEGE Cornelia vindicatur homicidium, quod distinguitur in voluntarium, culposum, casuale & necessarium. Voluntarium est crimen publicum, quo homo dolo, seu a sciente & volente, occiditur [c]. *l.* 1. *ff. ad L. Cornel. de sic.* Nec enim præcise requiritur, ut occidendi alterum præcedat propositum, aut ut quis alterum occidendi animo aggrediatur, sed dolus in genere sufficit, quo quis dolose operam dedit rei, ex qua homicidium subsequi verisimiliter potuerit. Duplex enim est committendi homicidii voluntas, alia directa, qua quis aliquem occidendi animo aggreditur; alia indirecta, qua quis vulnus infligit, ex quo homicidium per se sequitur. add. late CARPZ. *p.* 1. *qu.* 1.

XXXI. POENA hujus homicidii est ultimum supplicium. ORD. CRIM. *art.* 137. *&* 148. CARPZOV. *d. p.* 1. *qu.* 7.

XXXII. HOMICIDIUM culposum, quod ex negligentia committitur, extraordinaria pœna pro modo culpæ punitur: *l.* 4. *§.* 1. *ff. ad L. Corn. de sicar.* ORD. CRIM.

*b*) QUOD formale est criminis, & eo effectu requiritur, ut pœna ordinaria locum habere possit. Sin gratis fiat lenocinium. & in iis casibus, quæ alias ultimo supplicio afficiuntur, pœna ordinaria cessat.

*c*) OMNE homicidium, ut pœna capitalis dictitari possit, prærequirit proæresin alteri nocendi instrumentis, ad perpetrandum homicidium aptis, extra casum necessariæ defensionis. Nam, qui damni irreparabilis causa, quod ab alio imminet, ad hujus internecionem progreditor, impunis est, si limites defensionis non excedat. Ut autem hi servati possint dici, adesse debent I) alterius aggressio, II) quam nos ipsi non provocavimus, III) ita comparata, ut damnum irreparabile vel vitæ vel bonorum inde immineat, quod IV) nulla ratione evitare possumus, nisi nos ipsos dare velimus præcipites. His concurrentibus neque necesse est, ut fugiamus, neque, ut prævenire nos alterum sinamus. Porro, qui casu interficit, impune dimittitur, ubi tamen semper respiciendum est prius, anne culpa aliqua casum præcesserit, quæ pro gradu negligentiæ arbitrarie coerceri solet. Quod autem nunc ad homicidium proæreticum attinet, illud est vel qualificatum, vel simplex. Illud committitur, quando quis in vitam alterius directo, eaque intentione, aliquid molitur, ut mors sequatur, idque etiam insidiosum solemus vocare homicidium. Ejusque species sunt latrocinium, assassinium, veneficium, parricidium, pluraque alia crimina. Simplex homicidium est, quando quis non ea quidem intentione, ut alterum interficiat, animo tamen illi ejusmodi instrumentis, ex quibus mors sequi potest, nocendi, cum eo congreditur, & mors ex læsione sequatur. Sic vero, ut pœna mortis applicari possit, tria requiruntur. I) animus nocendi per instrumenta lethifera, II) læsio subsecuta, ex qua III) mors provenerit. Si vero genus armorum tale reperiatur, ex quibus mors sequi potuit, morsque secuta sit ex læsione, animus occidendi præsumitur, & homicidii reus vel eum probatione contraria elidere, vel pœnam mortis subire debet. Invaluit autem præterea, ut

*art.* 146. CARPZOV. *d. l. qu.* 27. homicidium vero plane casuale a pœna etiam immune est. vid. CARPZOV. *d. loc. n.* 50. *& seqq.*

XXXIII. NECESSARIUM vocatur, quod præcipiente seu permittente natura committitur: ut ad necessariam vitæ suæ defensionem, servato moderamine inculpatæ tutelæ, cujus nullum delictum, neque ulla pœna. *l.* 3. *ff. de I. & I. l.* 1. §. 27. *ff. de vi & vi arm. l.* 2. *l.* 3. *C. ad L. Corn. de sicar. P. H. O. art.* 139. Consistit illud moderamen inculpatæ tutelæ in eo, quod quis non aliter adversus vim ac injuriam, quæ imminet, & infertur, se tueri, nec aliter mortis vel alterius gravioris offensionis periculum, quam adversarium suum occidendo vel debilitando, evitare possit. *l.* 5. *pr. l.* 45. §. 4. *ff. ad L. Aquil. l.* 2. *l.* 3. *C. ad Cornel. de sicar.* quod quomodo probetur, aut ex quibus circumstantiis appareat, cum difficilis probationis sit, arbitrio & discretioni judicis dijudicandum committitur: quæ ad hæc duo restringi solent, primo ut constet de aggressione injusta, deinde ut moderamen justæ defensionis sit adhibitum, in continenti scilicet & dum instat periculum, quod vix aliter, quam occidendo adversarium, effugere possit. CARPZ. *p.* 1. *q.* 33. & latius in NOSTR. *tr. de vindict. privat. cap.* 4. *per tot.* Quod si hoc moderamen in defensione excesserit, extraordinaria pœna locum habet.

XXXIV. DICENDI etiam hic locus est de αὐτοχειρίᾳ seu propricidio, si quis nimirum sibi ipsi violentas manus intulerit, mortemque sibi consciverit [d]. Ubi distinguendum est, an quis ex mala alicujus delicti conscientia, ut pœnam effugeret, mortem sibi consciverit; cujus bona jure Civili publicantur. *l.* 3. *ff. de bon. eor. qui mort. sibi consciv.* Jure canonico αὐτόχειρες Ecclesiastica sepultura privantur: *c.* 9. *c.* 23. *qu.* 5. moribus autem hodiernis ex loco domicilii trahuntur a carnifice vid. DAMHOUD. *pr. Crim. c.* 20. JUL. CLAR. §. *fin. q.* 68. *n.* 37. *P. H. O. art.* 135. An vero in phrenesi, ardenti febri, aliave melancholia quis sibi mortem intulerit, & tunc commiseratione opus est, neque in cadaver animadvertitur, nec bona confiscantur. *d. l.* 3. §. 6. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l.* 1. *l.* 2. *C. eod.* aliquando tamen per vespillionem prope marginem cœmeterii cadaver sepelitur, circumstantiis ita exigentibus.

XXXV. RESTANT adhuc duo singularia genera homicidii notanda, nimirum 1.) latrocinium, quod est homicidium, cum rapina aut spolio commissum, & latrones sunt, qui homines per vim, seu in domibus, seu in viis publicis, non tantum suis rebus spoliant, sed & mortem eis inferunt, imo licet nihil lucrati fuerint, tamen spolii causa occidunt. In Germania & terris Saxonicis rotæ supplicio afficiuntur latrones, eorumque crura ad internecionem franguntur: quod supplicii genus veteribus crurifragium fuit dictum. ORD. CRIM. *art.* 137. & CONST. ELECT. *p.* 4. *c.* 5. & *c.* 35. *ubi* add. CARPZOV. *ut & p.* 1. *pr. Crim. q.* 22. & 23. Si latrocinium aliquoties fuit rei-

inquirant prius judices, utrum ex læsione mors secuta sit. Quod in se non improbo, quatenus res dubia est. Si tamen mors statim & in continenti sequatur læsionem, supervacuam, existimarem, hanc esse pervestigationem.

*d*) RELIQUAM omnem autochiriam, vel ex tædio vitæ, vel ex impatientia doloris, vel jactationis etiam causa susceptam, Romani principiis Stoicorum innutriti delictis non annumerabant. *L. III. §. VI. D. de bon. eor. qui ante sent.* Hodie ex principiis Christianæ religionis autochiriam tolerare non possumus, deliberato animo susceptam. Cessat tamen publicatio bonorum, & in cadaver potius animadvertere solemus, pro circumstantiarum varietate, mox gravius, mox mitius.

teratum,

teratum, aut in perſonis illuſtribus commiſſum, aut cum aliis horrendis delictis conjunctum, latro, priusquam rota concutiatur, trahæ alligari, ad locum ſupplicii jumento per plateas trahi, aut candentibus forcipibus lacerari ſolet. add. ORD. CRIM. *art.* 137.

XXXVI. 2.) ASSASSINIUM, quod eſt homicidium ab aliquo, mercede ad hoc conducto, ad alterius mandatum commiſſum. *c.* 1. *de homic. in* 6. quod ita dictum putat SIMON VAN LEUWEN *cenſur. for. lib.* 5. *cap.* 13. ab Aſſaſſinis, Aſiæ regionis incolis, ſeu Parthicis populis, ejus generis crimini addictis. Hujus criminis duplex eſt commiſſio; aliud ejus, qui, ſuſcepta ab altero pecunia, mandato ejus alterum occidit, eſtque hic proprie dictus aſſaſſinus, & in eum pœna rotæ eſt ſtatuta: vid. CARPZOV. *p.* 1. *q.* 19. aliud ejus, qui pretio dato mandat alteri, vocaturque aſſaſſinator; cujus pœna eſt ultimum ſupplicium ſeu gladius [e], ita tamen ut exaſperatio aliquando accedat, v. gr. ut poſtquam gladio eſt punitus, poſtea cadaver ejus rotæ in altum erectæ affigatur. CARPZOV. *d. loc. n.* 10.

XXXVII. LEGE Pompeja vindicatur parricidium, quod eſt cædes contra pietatem, & jus ſanguinis in parentes, liberos, fratres & ſorores, patruos, avunculos, conjuges, omnesque affinitate junctos perpetrata §. 6. *I. de publ. jud. l.* 1. *ff. ad L. Pomp. de parric.*

XXXVIII. SUNT vero conjunctæ perſonæ vel ex conſanguinitate, vel ex affinitate, vel ex conjugio. Parricidii in linea recta, a liberis in parentes, vel a parentibus in liberos [f] commiſſi pœna eſt culei ſeu ſuffocatio [g], & ubi deficit aqua, rotæ. ORD. CRIM. *art.* 131. add. CONST. ELECT. 3. *p.* 4. Eadem pœna jure Saxonico etiam in conjuges parricidas eſt ſtatuta, *d. O. C.* In linea vero collaterali inter cognatos proximiores, ut & inter affines proximiores, commiſſi parricidii pœna eſt gladius, ita tamen ut reus ante forcipibus candentibus aduratur, vel trahæ alligetur; ORD. CRIM. *art.* 137. *cir. fin.* quæ pœna jure Carolino etiam ſtatuta eſt conjugi interficienti conjugem. *d.* ORD. CRIM. *art.* 137. *in fin.* vid. CARPZ. *p.* 1. *qu.* 8. *& ſeqq.*

XXXIX. PORRO ſequitur crimen incendii, quod eſt, quo dolo malo incendium factum in oppido vel pago, & pœna hodie eſt, quod incendiarius vivus combu-

*e*) QUOD autem hoc in delicto mandans mitius puniatur mandatario, id inde eſt, quia major dolus in cauſa Phyſica, quam morali deprehenditur. Potuit enim, qui conduxit, perturbatione animi tale quid audere, qui vero operam locat, ſola cupidine habendi alteri necem intendit.

*f*) SIGILLATIM huc pertinet infanticidium in recens natum commiſſum. Et hoc, quia occulte peragitur, ex his conjecturis præſumitur peractum, ſi criminis rea uterum celavit, & clam peperit. *C. C. C art. CXXXI.* Eaque indicia torturæ locum faciunt, ob præſumtionem juris, partum vixiſſe. Hanc itaque, ut elidat infanticida, aliis argumentis demonſtrare debet, partum mortuum a ſe eſſe editum. Unde merito partus a prudentibus Medicis & Chirurgis eſt inſpiciendus, non ideo, ceu putant, ut conſtet, an vixerit, hoc enim jam præſumitur, ſed ideo potius, ut appareat, an perfectus fuerit, & unde mortuus.

*g*) ALIA vero olim fuit pœna culei, alia pœna eſt ſuffocationis. Culei pœna, docente GUTHERIO *de jur. man. Lib. I. cap. IX.* ita peragebatur, ut culeo ex corio confecto inſueretur delinquens, injectis ſimul cane, gallo gallinaceo, vipera & ſimia, quibuscum dejiceretur in mare profundum *L. VI. pr. D. ad L. Pompej. de parricid. L. un. C. de his, qui par. vel liber. occid.* Quo ipſo Romani ſignificabant, ejusmodi hominem non ſolum omnium elementorum uſu eſſe excludendum, ſed etiam ex injectione beſtiarum,

ratur [h]: ORD. CRIM. *art.* 125. quæ pœna locum habet, etiamsi damnum nullum datum, modo materia dolose posita & accensa fuerit. DAMHOUD. *Pr. Crim. c.*105. *num.* 10. *&* 11. THEODOR. *Disp. VII. Coll. Crim. th.* 8. CARPZOV. *p.*1. *qu.*38. *n.*38. *sqq.* Extraordinaria vero pœna infligitur, si posita quidem materia fuerit, sed non accensa. COLER. *p.*1. *dec.*186. Mitigatur etiam pœna, si incendiarium etiam post exortum incendium pœnituerit. vid. CARPZOV. *d. p.*1. *qu.*39. De culposo vero incendio legas novissimam DECIS. SAX. 97. *&* 80.

XL. VINDICATUR porro Lege Julia vis publica & privata [i]. Publica vis est, cum armis, convocatis ad id hominibus, vis infertur. §.8. *I. de publ. jud. l.* 5. *& seqq. ff. ad L. Jul. de vi publ.* Pœna hodie est arbitraria, quæ circumstantiis exigentibus ad mortem extendi potest.

XLI. SINGULARIS species vis publicæ est crimen fractæ pacis publicæ, si nimirum Princeps vel etiam privatus vi majori, congregatis hominibus, aliquem, ejusve ædes aut bona, injuriæ inferendæ causa invadit. CONST. IMPER. *von Land-Frieden de Anno* 1500. *&* 1521. Punitur violator pacis publicæ gladio, aut banno Imperiali. vid. GAIL. *de pac. publ.*

XLII. VIS privata est, cum vis infertur sine armis, *d.* §.8. *I. de publ. jud.* & itidem pœna hodie est arbitraria, relegatio, carceris aut pecuniaria CLARUS *l.* 5. §. *fin. q.*83. *n.*4. *& late* CARPZOV. *Pr. Cr. p.*1. *qu.* 40.

XLIII. LEGE Cornelia coercetur etiam crimen falsi [k], quod est veritatis immutatio seu suppressio, in alterius fraudem improbe facta. *l.*16. §.2. *l.*23. *ff. ad L. Cornel. de fals.* Hujus pœna propter varietatem circumstantiarum arbitraria est, scilicet fustigationis, inustionis signi, relegationis aut carceris, imo etiam aliquando capitalis pœna, circumstantiis ita exigentibus. *P. H. O. art.* 112. CARPZOV. *all. l. p.* 2. *q.* 93. FARINAC. *Pr. Crim. p.*2. *q.*150. JUL. CLAR. §. *falsum. n.*24.

quæ in propria viscera sævirent, & reum & alios cognoscere debere, quam fœdum crimen esset commissum. Hodie vero alia plane ratione suffocatio in aquis peragitur, Conf. HEIL. *Jud. & defens. in Proc. Inquis. cap. VI. p.* 489.

*h*) QUÆ pœna Jure Romano in eos solum statuta videtur, qui incendium in urbe fecerunt *L. IX. L. XII.* §. *I. de incend. ruin. L. XXVIII.* §. *XII. de pœn.* Sed hodie indistincte, sive quis in urbe, sive quis in agro aut via publica incendium fecerit, pœna ignis locum habet, ita tamen, ut in posteriori casu pœna gladii prius exequi, cadaver vero flammis absumendum tradi soleat.

*i*) GENERATIM hic intelligimus violentiam, quæ tranquillitatem & securitatem publicam lædit. Eaque sigillatim, quæ fit armis, publica, quæ fine armis, privata vocatur. Verum etiam publica vis infertur vel a persona publica, vel personæ publicæ, vel in loco publico. Vix tamen casus existet, ut vis per se pœnam operetur, cum regulariter aliis delictis accedat, & eatenus efficiat, ut gravius puniatur crimen, quam si violentia non accessisset. Exempla sunt in furto, in stupro violento, in raptu, in diffidatione, in seditione. Atque his in casibus pœna semper certa est. Quatenus vero vis per se subsistit, atque in crimen nominatum non cadit, semper arbitrarie puniri solet. Plane, qui coadunatis hominibus vim facit, in crimen fractæ pacis publicæ incidit. Publicam enim pacem sancte servari, & quemlibet a privata dictione abstinere jussit Maximilianus I. pœnamque in contravenientem capitalem statuit, si præsens est, absenti bannum Imperii minatus est, utque demum copia judicis semper adesset, Cameram Imperii instituit CARPZOV. *Pr. Crim. Qu. XXXV. sq.* GAIL. ET DATTIUS *de pace publica.*

*k*) OMNIS falsi litera characteristica consistit I) in veritatis immutatione II) dolose III) in tertii præjudicium facta. Quia tamen de Jure Romano non omne falsum lege publica notatur,

XLIV. PECULIARE vero crimen est falsam, seu adulterinam monetam cudentium, aut monetam radendo, mutilando [l], diminuentium. *l. 8. ff. ad L. Corn. de fals.* de quorum pœna legas *art.* 111. ORD. CRIM. *& tot. tit. C. de fals. mon.* CARPZ. 1. *quæst.* 42. *& seqq.*

XLV. LEGE Julia vindicatur crimen repetundarum: quod committit, qui in Magistratu, vel officio publico quid acceperit, quo magis, aut quo minus officium faceret [m]. *l.* 1. *& seqq. ff. ad L. Jul. repetund.* Pœna itidem est arbitraria. vid. DAMHOUD. *pr. crim. cap.* 121. *n.* 8. *& cap.* 130. *num.* 3. CLAR. *all. l. §. fin. q.* 73. MENOCH. *de arb. jud. quæst. l.* 2. *c.* 342. BOER. *dec.* 153. CARPZ. *d. p.* 2. *qu.* 93. *n.* 52. *& seqq.*

XLVI. PORRO crimen fraudatæ annonæ [n] per Legem Juliam vindicatur: quod committitur faciendo dolo malo quid, quo annona carior fiat. *l.* 2. *ff. ad L. Jul. de annon.* & itidem pœna est arbitraria pro modo admissi. GROT. *de I. B. & P. l.* 2. *c.* 12. *num.* 16. CHRISTIN. *vol.* 3. *d.* 98. DAMHOUD. *d. tr. c.* 134. *Dd. ad tit. C. de monop.* add. DISSERT. NOSTR. *de Annona.*

XLVII. SIMILITER eadem Lege Julia vindicatur peculatus crimen, quod

nec omne falsum in crimen falsi incidere existimarunt, sed id solum, quod lege Cornelia nominatim esset expressum. Hodie vero nil interest, sed omne falsum incidit in pœnam publicam & legitimam. Sigillatim committitur vel in persona, vel in re. Id, quando aliam personam simulamus. Hoc, quando falsis documentis utimur, vera documenta mutamus, falsis mensuris & ponderibus utimur, vid. MENCKE *Us. Theor. Pr. Dig. de L. Cornel. de fals.* BEYER. *ad Ord. Crimin. art. CXI. seqq.* BERGER. *Elect. Crimin. p.* 71. *seqq.* Pœna igitur semper est arbitraria. Potest tamen locum habere ultimum supplicium, 1) si quis falso testimonio effecit, ut quis capite damnaretur *L. I. §. I. ad L. Cornel. de sicar.* 2) Si quis falsam monetam conficit.

*l*) CUM Reipublicæ omnino intersit, ut proba moneta conservetur, & Principis sigillatim jus sit, rem monetariam sibi vindicandi, & Reipublicæ nomine civibus evictionem de pretio eminenti præstandi, necesse omnino est, ut gravis pœna in eos statuatur, qui monetam quacunque ratione adulterant, atque æstimationi Principis detrahunt, cum re ipsa crimen læsæ majestatis committant. Sunt autem varii casus distinguendi, qui aliam atque aliam pœnam operantur. Pœna ignis dictatur, si quis materiam & bonitatem intrinsecam *Schrot und Korn* adulterat, & falsam monetam simul expendit. Si non simul expensa moneta, pro re nata pœna gladii vel fustigationis locum habet. Eademque etiam applicatur, & cadaver igni injicitur, si quis quidem ipse non cudit, typos tamen dolo malo fecit, & falsario suppeditavit. Cæterum, si moneta quoad formam solum, vel quoad pondus mutatur, si porro quis monetam in fornace resolvit, si quis falsam monetam a fabricatore sciens accipit, & iterum expendit, pœna ubique arbitraria est. CARPZOV. *qu. Crimin. XLII.* BRUNNEM. *ad L. II. C. de fals. monet.*

*m*) ET eatenus, quia formale criminis in eo consistit, quod quis pretio interveniente officium compensare patitur, quod gratis exhibere debebat, nil interest, sive offerens bonam sive malam caussam habeat, sive ante officium præstitum sive postea quis accipiat intuitu officii, sive ipse, sive per familiam acquirat. Extra caussam officii vero tantum abest, ut quis accipere nequeat, quin potius leges ejus, quod eo nomine promissum est, exactionem permittant *L. un. C. de suffragiis.*

*n*) QUOD Jure Romano a crimine Dardanariatus erat distinctum, & hoc criminibus extraordinariis, illud judiciis publicis annumerabatur. Vix autem, quæ fuerit utriusque differentia specifica, certe confici potest. Utrumque enim id dicitur, quod caritatem annonæ, aliarumque rerum, quæ ad victum humanum spectant, inducit. vid. tamen BEYERUM *ad tit. Digest. de L. Jul. de annon.* Hodie nullum discrimen observatur, sed pœna pro ratione circumstantiarum est arbitraria, & ad capitale supplicium usque accrescere potest, si quis per vexationem annonæ effecit dolo malo, ut fame pereant subditi,

est furtum publicum [o], quod committitur ab eo, qui pecuniam publicam quasi ex peculio surripuit. *l.9. §.2. ff. ad L. Jul. pecul.* vel in tabulis publicis quid delevit vel induxit. *l.8. §.1. eod.* add. *l. un. C. de crimin. pecul.* Pœna hodie itidem est arbitraria pro modo admissi. *arg.* ORD. CRIM. *art.* 171. *& seqq.* CONSTIT. ELECT. 41. *p.4. ibique* CARPZOV.

XLVIII. PERTINET & huc sacrilegium, quod est furtum, quo res sacra religiosave surripitur, seu ex loco sacro, seu a sciente rem esse sacram in loco profano. Pœna plerumque est capitalis [p]. vid. ORD. CRIM. *art.* 171. *& seqq.* CARPZOV. *p.2. q.89.* BOSSIUS *pr. Crim. tit. de sacrileg.* JUL. CLAR. *§. sacrilegium.* MENOCH. *de arb. jud. quæst. l.2. cas.* 289. FARINAC. *p.7. oper. Crim. q.*172.

XLIX. CRIMEN de residuis est, quo pecunia publica, quæ apud aliquem ex administratione est, retinetur, & in publicum seu in rationes non refertur. *l.2. ff. ad L. Jul. pecul.* Hodie jure communi extraordinaria pœna [q] est pro modo admissi. vid. CARPZ. *p.2. q.85.* CONST. vero ELECTORAL. peculiaris hac de re est *p.4. C.41.*

L. SEQUITUR ambitus crimen, quo quis illicito modo, v. gr. data pecunia, honores & dignitates sibi parat corruptis suffragiis [r]. *l. un. ff. de ambit.* Pœna itidem est arbitraria. add. THEOD. *Coll. Crim. Disp.* 12. *th.*3.

LI. PERTINET & huc ex jure Canonico simonia, quæ committitur, cum quis sacerdotium pretio sibi comparavit [s]; *tot. tit. X. de simon.* & itidem pœna pro modo admissi variat. THEODOR. *d. loc. th.*7.

*o*) ET hodie etiam a furto non nisi specie distinguitur, quia per ablationem pecuniæ publicæ committitur. Quare dubium non est, quin eadem pœna, ac in furto, locum habeat.

*p*) ET gravior quidem furto simplici. Sed, si discesseris a præjudicio, rei sacræ cohærere characterem indelebilem, iterum a furto non nisi specie distinctum, & pœna furti coercendum est BRUNNEMANN. *Proc. Inquis. cap. IX. n.*87.

*q*) QUOD inde esse dicunt, quia res ex aliena custodia non aufertur *L. LV. §. 1. D. de administr. tutor.* Cumque sic formale furti desit, pœnam furti locum habere negant. Sed, si dicendum, quod res est, non furtum solum committit, qui, quod in rationes referre debebat, sibi retinet, & in usus suos convertit, sed & præterea delictum furti cum perjurio cumulat, ut sic majori pœna omnino efficiendus esset. Interim mitius agere solent legislatores cum his administratoribus, quis occasio furandi sese sponte offert, & ideo in legibus provincialibus ad eum effectum, ut perfidus administrator capite plecti possit, paulo majorem summam eum surripuisse, & in usus suos convertisse, requirunt. De Saxonia Electorali vid. *Introd. ad Jus Saxonic. P. III. Sect. III. Ex. III. §. XIX.*

*r*) NON igitur simpliciter in crimen incidit, ambire munera, sed crimen est, ambire munera corruptis suffragiis, & quidem iis, quæ decisiva sunt. Ex quo quidem patet, frequentius esse hoc crimen in Rebuspublicis, ubi ex suffragio vel singulorum vel majoris partis munera deferuntur, quam ubi Princeps honores & munera dispensat. Non tamen ideo plane cessat apud nos crimen ambitus. Quamvis enim Principes ipsi tolerent, ut pretium intervenire possit, si quis ad munus a Principe conferendum adspiret. Ubi tamen officiorum dispensatio Collegiis inferioribus competit, vix impune fert ille coemtionem suffragiorum, qui hac ipsa, ut sibi committeretur officium, effecit.

*s*) PROPRIE crimen Simoniæ non committitur, nisi ab eo, qui dona spiritualia pecunia comparare studet. Id enim fecisse Simonem magum, constat. Sed ex mente Pontificiorum tale crimen perpetrant omnes illi, qui rem spiritualem, quam Ecclesia talem esse jussit, pro re temporali comparant. Ut sic, prouti res spirituales apud Pontificios in plures species abeunt, & crimen Simoniæ multifariam committi potest. Primaria tamen ejus species est, quando quis officium Ecclesiasticum, pretio interveniente, vel simili re temporali intrat. Nam id maxime Cle-

LII. DENIQUE Lege Fabia punitur plagium: quod est crimen, quod committitur fraudulenta liberi hominis suppressione [t]; hujus pœna est capitalis. *l. fin. C. ad L. Fab. de plag.* vid. CARPZOV. *p.2. q.83. n.89.*

## TITULUS XXIX. DE REMISSIONE POENARUM ET ABOLITIONE DELICTORUM.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Jus aggratiandi*. L.48. ff. t.16. ad SCtum Turpill. & de abolit. crim. *In delictis, quibus jure divino pœna capitalis statuta, non habet locum:* II. *In aliis obtinet*. III. *Porro non capitalis mitigatio*. IV. *Præscriptione etiam tolluntur crimina, regulariter vicennio: quædam breviori tempore*.

I. REMITTI pœnæ & aboleri crimina possunt a Principe, adeoque jus aggratiandi [u], seu veniam pœnæ, & gratiam delinquentibus concedendi, in nostra Republica quoad totum Imperium Imperatori & Statibus universis; in Ducatibus autem seu singularibus provinciis ei, qui habet jus superioritatis, competit. Regula vero hæc tenenda est: quod pœna capitalis ipso divino, universo quasi generi humano dictato, seu præscripto jure statuta in delictum quoddam, non recte a Principe remittatur, nisi plane singulares concurrant circumstantiæ [x]. vid. CARPZOV. *P.3. qu.150.* DAN. CLASEN. *tr. de jur. aggrat.* EXERC. NOSTR. *ad Pandect.49. th.90.*

ricum curare debere putent, ut ad munus subeundum divinitus vocetur. Indeque fit, ut alicubi locorum parochus prius vix admitti soleat ad munus Ecclesiasticum, quam juraverit, se nihil pro sacerdotio dedisse. Qui contra fecit, ab officio removetur, patronus vero accipiens excidit jure patronatus, Conf. BÖHMERI *Diss. de involucris crimin. Simon. detect.*

t) QUOD crimen Romani vel ideo peculiari lege notabant, quia, cum res inæstimabilis surrepta esset, actio furti civilis ad pœnam pecuniariam exsolvendam locum habere non poterat. Cæterum re ipsa plagium est species furti, ideoque animus lucrifaciendi adesse debet. Modo tamen hic adsit, pœna capitalis simpliciter dictitatur. Quam præterea Interpretes hic commemorare solent plagii speciem, quod literarium vocatur, quamque pœnæ subesse dicunt, eam non admittimus, quando quis forsan alterius manuscripta surripuit, & pro suis venditavit. Qui vero libros publici juris factos suppresso Auctoris nomine exscribit, extra crimen est, sibique solum imputare debet, quod existimationi suæ desit.

u) SED jus aggratiandi proprie ab abolitione criminum differt, quamvis hæc ex illo fluat, & uterque actus non nisi a Principe & superiori exerceri possit. Nam jus aggratiandi generatim est facultas, principi competens, delicti reum jam condemnatum a pœna promerita vel plane, vel alia in ejus locum substituta, eximendi. Abolitio criminis vero est jus, delicti reum nondum confessum, nec convictum, nec condemnatum a processu inquisitorio eximendi. Itaque ibi causa jam plene cognita atque peracta est, hic cognitio primum incipit. Ibi tollitur pœna, hic inquisitio. Sed, ut hæc e medio tollatur, regulariter præsupponunt, rem esse in tali causa, ut nondum constet certo de corpore delicti. Conf. STRYCK. *Disp. de abolit. Princip. cap. I. n. 30.* Cæterum neque dispensatio, neque abolitio facile conceditur, nisi pretium interveniat.

x) VERUM enim vero, aut Jus divinum universale pœnam certam determinat, aut non. Si illud, Princeps humanus, quia non est supra sed infra legem universalem, nunquam dispensare potest. Sin hoc, non video, cur plane singulares circumstantiæ ad effectum dispensationis peragendæ adesse debeant. Et ne quid dissimulem, Jus universale pœnas certas & determinatas omnino nescit. Sed in genere solum pœnam minatur. Quam, cum Princeps pro lubitu determinare potest, pro lubitu etiam iterum remittere poterit. Ne tamen Princeps existimationi suæ desit, legesque pœnales ludibrio exponat, res ipsa

II. IN aliis vero delictis, quibus pœna capitalis jure humano seu Principum constitutionibus statuta est, dispensationi locus est: non tamen facile Princeps ad veniam concedendam moveri debet, sed justas demum ob causas. vid. CARPZOV. *d. qu.* 150. *n.* 44. Non vero est legitima remittendi pœnam causa, si fur reste fracta in terram prosiluerit vivus, vel carnificis gladius in ipso executionis actu, dum reum ferire parat, dissiliat. CARPZ. *d. loc.* add. HIERON. CAGNOL. *ad l.* 125. *de R. I. n.* 10.

III. CAETERUM a supplicii remissione, quæ fit ex gratia atque superioritatis jure, differt mitigatio aliqua, vel etiam transmutatio *y)* pœnæ non capitalis; ubi tamen in Scabinatu Jenensi distinguitur: aut pœna fustigationis est dictata, & de hac commutanda in aliam agitur; aut vero relegationis. Priori casu absque præscitu Principis non licet ei, qui merum imperium habet, fustigationem remittere: posteriori vero casu, modo aliqua justa causa mitigationis subsit, transmutatio a quolibet, qui merum imperium habet, fieri potest. CARPZ. *d. p.* 3. *q.* 150. *num.* 49. Excipitur tamen usu, vel etiam constitutionibus quorundam locorum casus, quo adultero ob conjugis remissionem pœna mortis remittitur, & relegatio substituitur, quod scilicet hanc ulterius in mulctam, aliamve pœnam haud liceat Magistratui inferiori mutare, CARPZ. *d. l. num.* 91. *Fürstl. Altenb.* PROVISIONAL. ORDN.

IV. PRAETEREA etiam præscriptione tolluntur crimina, eorumque pœnæ. Tempus autem hujus præscriptionis est regulariter vicennium, post delictum commis-

exigit, ut eo usque in dispensando difficilis sit, quousque in Rempublicam ipsam utilitatem ex dispensatione redundare non didicit. Omnis enim legumlatio Reipublicæ causa fit, inde vero consequens est, & eo in casu, ubi de vigore legis suspendendo sermo est, ad Rempublicam primario esse respiciendum.

*y)* CUM Auctor noster utrumque JCti & judicis esse asserat, denuo præcaveamus necesse est, ne promiscua horum actuum usurpatio nos fallat. Mitigatio enim pœnæ non est jus privati, sed huic eatenus solum permissa, quatenus lex eam sigillatim concessit *L. VIII. in fin. C. ad L. Jul. de vi public.* Juvat tamen, ut pœnas certas a pœnis arbitrariis distinguamus. In iis, ut dixi, judex quid durius aut remissius tacente lege constituere nequit. Ex his vero, quando dictitat eam, quam delicto proportionatam credit, non mitigat proprie, sed jure suo utitur, & id agit, ut talem ex intentione legislatoris eligat, quæ satisfactioni Reipublicæ præstandæ sufficit. Id enim generatim judex agere debet, ut pœna delicto proportionata infligatur. Quod ut fiat, circumstantias loci, temporis, personarum, & similes probe ponderat, & ob idem delictum diversis personis diversam pœnam dictitat, æque gravem tamen, & fini pœnarum convenientem. Certe omnis pœna eo tendit, ut salus & tranquillitas publica salva conservetur, & alii exemplo aliorum deterreantur, arbitraria vero præter fines allegatos & sigillatim hunc finem habet, ut delinquens corrigatur. Et hunc forsan judex facilius ob delictum, quod in rustica gente pœna corporis afflictiva expiandum erat, obtinet pœna pecuniaria, si de puniendo viro honesto sermo sit. Ex his vero patet, diversam esse mitigationem pœnæ, & electionem pœnæ ex pluribus arbitrariis. Ab utraque diversa iterum est transmutatio pœnæ, de qua Auctor loquitur. Nam præsupponit ille casum, pœnam jam ex arbitrariis certam delinquenti dictatam, eamque postea in aliud pœnæ genus commutandam esse. Et hoc jus iterum privati hominis non est. Sed pœna ex arbitrari a electa definit officium JCti & judicis, nisi ex novis defensionis subsidiis oblatis & causa denuo cognita appareat, ex capite justitiæ cum reo mitius agendum esse. Invaluit tamen usu fori, & ex conniventia Principum, nonnunquam etiam lege publica permittitur, ut judex pœnæ, jam dictitatæ, si corpus non affligit, aliam æque gravem substituere possit. De quo argumento, quid in Saxonia Electorali juris sit, vide *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. III. Ex. I. §. XIII. seq.*

sum præterlapsum. *l.12. C. ad L. Corn. de falf. c. cum venerabilis 6. X. de except.* modo quis interea accusatus, aut contra eum processus inquisitionis institutus non fuerit. vid. Carpzov. *d. p.3. q.141.* Joh. a Sande *dec. Frisic. l.5. t.9. d.2.* Excipiuntur vero delicta atrociora, v. gr. latrocinii, assassinii &c. quibus vicennio non præscribitur. Carpz. *d. l. num.52.* Cæterum in quibusdam criminibus brevius tempus statutum, ut in adulterio, etiam duplicato, quinquennium. *l.5. C. ad L. Jul. de adult.* (quod tamen in Electoratu Saxonico ac quibusdam provinciis Saxonicis restrictum est ad simplex adulterium. *Dec.84.*) Item in peculatu. *l.7. ff. ad L. Jul. pec.* Carpz. *p.3. q.141.* vid. Observ. Nostr. Crim. *c.12. §.13.* [z].

# LIBER IV

## DE RATIONE ET MODO JUS SUUM PERSEQUENDI IN JUDICIO.

### Titulus I.

## DE TRANSACTIONIBUS.

### Summaria.

Aphor. I. *Lites aliquando transactione sopiuntur: quo laborandum est judici.* II. *Transactionis descriptio.* L. 2. ff t.15. de Transact. III. *Qui possint transigere.* IV. *Objectum transactionis.* V. *Quomodo liceat transigere 1.) de controversiis ex testamento;* VI. 2.) *De alimentis;* VII. 3.) *De causis matrimonialibus;* VIII. 4) *De delictis, & quidem privatis.* IX. *De publicis sec. l.18. C. de transact. regula prima. Hodiernus usus.* X. *Regula secunda. Hodiernus usus.* XI. *Effectus transactionis.* XII. *Transactionis rescissio.*

### Aphorismus I.

Praemittemus tractationem de transactionibus, cum sæpius lites vel extrajudiciali, vel judiciali transactione componantur, imo statim initio cœpti judicii laborandum est judici, ut amicabiliter transigatur [a]. add. Carpzov. *p.1. c.1. d.10. 12. & 13.*

z) Doctrina de præscriptione criminum breviter eo redit. Prætoriæ actiones pœnales regulariter sunt annales *L. V. C. de injur. L. II. §. XIII. de vi bonor. rapt. L. I. pr. de calumn.* Civiles per viginti annos durant, quatenus criminaliter agere lex permittit. *L. XII. D. ad L. Cornel. de falsis.* Nec plane hodie cessat hæc distinctio. Sed sigillatim in causis injuriarum præscriptio annalis locum habet. In reliquis vero omnibus terminus viginti annorum usu venit, quia actiones pœnales privatæ cessant, magisque persecutio criminalis sibi locum vindicat. Duplicem quidem, ut ex Auctore discimus, regula patitur limitationem, sed quod delicta carnis attinet, quinquennalis præscriptio non aliter prodest, quam si per se subsistunt, nec cum alio crimine conjuncta sunt. Aliud enim crimen, quando ad delictum carnis accedit, v. c. violentia ad stuprum, incestus ad adulterium, id simul efficit, ut terminus viginti annorum omnino duret.

a) Quod etiam in quibusdam Ordinationibus processualibus judici prius expediendum

II. EST vero transactio rei dubiæ aut litigiosæ, aliquo dato vel retento vel promisso, conventa decisio [b]. *l. 1. l. 2. ff. de transaction. l. 38. C. eod.*

III. CUM per pactum seu contractum transactio ineatur, illi in genere sunt habiles ad transigendum, qui ad paciscendum [c]. add. *Lib. III. Tit. I. th. 10. & seqq.* In specie autem hic notes [d], quod procurator non possit transigere, *l. 7. C. de transact.* nisi

injungitur, quam partibus viam ad deductionem jurium aperiat. Quamvis, si judex officium suum hac in parte negligat, processus nullitate haud laboret. Non enim ad esse & substantialia processus tentatio amicabilis compositionis pertinet, tanquam remedium impediendi processum, WERNHER. *P. I. Obs. CCXXIV.* Sic vero judex in conscientia solum peccat ZIEGLER. *Dicastic. cap. XX. §. VI. seq.* &, si lex pœnam minata est, simul ponitur. Quando autem, quod omnino facere semper deberet, de transactione solicitus est, duo evitet extrema. Primo partes, si effectu destitui videat amicabilem compositionem, ad transactionem non cogat. Consensu enim perficitur transactio, qui coactionem non admittit. Et, quemadmodum dici solet, pax est bonum suasibile non compulsibile. Minimum eousque liberum cujuslibet debet esse arbitrium, quousque utilitatis publicæ ratio coactionem non suadet STRYCK. *in Not. ad Lauterb. tit. de transaction.* SCHILTER. *Ex. IX. §. XXV.* Deinde caveat, ne negligenter versetur in tentanda amicabili compositione. Alias enim finem ipse actus exoptatum haud habebit. Sigillatim igitur fata & pericula litis diligenter exponat, moneatque partes, haud prudenter committi fortunæ arbitrio, quod per concordiam obtineri potest. STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. II. § II.* Curet etiam, ut & ipse de meritis causæ notitiam acquirat. Iubeat porro, Advocatos abesse. Verbo, talem se gerat, ut quilibet cognoscat, malle eum finem litis, quam perpetuum processum.

*b*) REQUIRITUR igitur I) causa dubia & controversa *L. I. D. de transaction.* Sufficit, tamen, transactionem fieri litis evitandæ causa, utut non fiat in lite *L. LXV. §. I. de condict. indeb.* Et sic generatim, quando res adeo certa non est, quin dubia admittat, transactio valet. Quare dubium non est, quin & hodie post rem judicatam, quod olim non permittebatur *L XXIII. §. I. Eod. L. XXXII. C. de transaction.* locum habere possit, STRYCK. *Us. Mod. D. tit. de transaction. §. VII.* Requiritur II) ut aliquid detur, vel remittatur, vel retineatur. Si enim totum datur, quod alter petit, solutio potius adest. Sin totum retinetur, donatio fit. Non tamen ideo proportio intuito rei desideratur, de qua transigimus. Nam hæc vel ideo servari nequit, quia objectum transactionis incertum est. Cæterum, licet transactio non valere possit, ut transactio, valebit tamen ut pactum add. GUNDLING. *Diss. de transaction. stabilit. & instabil.*

*c*) ET generatim non errabis, si quæ pactis omnibus commonia sunt, ad transactionem applices, quatenus vel lex vel natura rei aliud non postulat, sive personas paciscentes, sive objectum transactionis, sive modum transigendi respicias. Sigillatim, cum transactio alienationem involvat, transigentes facultatem disponendi & alienandi habere debent. Objectum, de quo transigimus, rem esse debere privati arbitrii, per se patet. Consensum requisita Juris Naturalis habere debere, ut obligatio inde oriatur, nemo in dubium vocare potest. Hoc unum addam necesse est, naturam transactionis, quia hæc ipsa renunciationem simul involvit, non admittere interpretationem extensivam, sed ita semper explicandam esse, ut in dubio ei, qui jus suum remisit, quam minimum decedat *L. XLVII. §. I. de pact. L. XXXI. C. de transaction.* Indeque fit, ut & transactionem generalem ad ea solum restringamus, de quibus transigentes tempore transactionis verosimiliter cogitarunt, nisi ita generaliter concepta sit transactio, ut commode non admittat restrictionem. Nam tum minimum præsumtionem operabitur contra eum, qui generaliter locutus est, donec id, quod in transactione esse negat, demonstret, ad non cogitata pertinere *L. XII. D. de transact.* vid. LEYSER. *Spec. XLVI. med. X.*

*d*) SED non opus est, ut in dijudicandis casibus specialibus a principio, vi cujus transactionem alienationem diximus, recedamus. Hanc enim veritatem satis clare loquitur *L. I. § IX. si quid in fraudem patroni.* Sic vero recte defendimus, omne, qui facultatem alienandi habent, habere quoque facultatem transigendi, sicuti nec dubium esse potest, quin, qui certam in alienationibus convalidandis formam adhibere debet, hanc in transactione omittere nequeat. Itaque

1.) spe-

1.) speciali mandato sit instructus, *arg. l.60. ff. de procurat.* vel 2.) ei sit libera bonorum administratio commissa, *l.58. & seq. ff. de procurat. c.4. eod. in 6. l 9. §.4. ff. de a. r. d.* vel 3.) sit procurator in rem suam *arg. l.17. § f. ff. de jurej. l.13. §.1. ff. de pact. l.55. de procurat.* Syndici quoque & administratores civitatum de re dubia civitatis, liteque incerta transigendi potestatem habent, *l.12. C. de transact. d.l.14. ff. de pact.* Nic. Losaeus *de jur univ. l.1. c.3. n.112.* Gail 2. *observ.72. n.11.* Similiter tutores ob rei incertitudinem, & ubi de justitia pupillorum valde dubitatur, transigere queunt, *l.54. §. fin. l.56. §.5. ff. de fart. alias non l.46. §. f. de admin. tut.* Gail. 1. *obs.72.* Paul. Montan. *de jur. tut. c.33. n.291.* Carpz. 5. *resp. 66.* Brunnem. *in l.2. C. de transaction.* adhibito circa res aliquas decreto. vid. *l.22. C. de admin. tut.*

IV. Objectum transactionis sunt res ob litem, *sive praesentem sive instantem*, vel alias dubiae. *l.1. ff. de transact. l.2. l.fin. C. eod.* Unde post rem judicatam, aut litem jurejurando decisam, transactioni non est locus: vid. *arg. l.7. pr. l.11. ff. de transact. l.32. C. eod.*

V. De controversiis vero ex testamento aut codicillis orientibus specialiter cautum, ut non nisi inspectis & cognitis verbis testamenti transigere liceat [e]. *l. 6. ff. de transact. l.1. §.1. ff. quem. test. aper.* add. Gail. 2. *Observ.* 139. *num.* 10. Carpz. *l.6. t.2. resp.13. num.1. & seqq.* Rol. a Vall. 1. *cons.19.* Joh. a Sand. *dec. Fris. lib.4. tit.5. def.15.*

VI. Praeterea de alimentis ultima voluntate (*qua plenissimum debet habere exitum*) relictis, haud licet transigere [f], nisi autore Praetore. *l.8 pr. & §. seqq. ff. de transact.* De alimentis tamen praeteritis, h. e. ratione praeteriti temporis, quo praestanda fuissent, residuis transigi potest. *l.8. C. eod.* Valet quoque transactio de alimen-

tutor non simpliciter, sed servato bonorum pupillorum discrimine transigit, & jus quidem pupilli dubium, non vero manifestum remittit. *L. XLVI. §. VII. D. de administr. & peric. tutor.* Ita maritus de bonis uxoris paraphernalibus transigit quidem, modo tamen ipsa praedia paraphernalia conservet. Brunnemann. *ad L. LVIII. D. de procur.* Ita pater etiam de bonis liberorum adventitiis iis in casibus, ubi ipsi alienatio permittitur, transactionem init.

e) Quod inde esse dicunt, quia transactio praesupponit rem dubiam, relicta autem in testamento statim certa fieri possunt, tabulis inspectis. Verum, ut haec ratio omnino fallit, dum & post inspectionem tabularum plura remanere possint dubia, controversiis obnoxia, ita, rationibus probe subductis facile apparet, *L. VI. D. de transaction.* explicandam esse, ex *L. I. D. testament. quemadm. aperiant.* Nam posterior non simpliciter prohibet transactionem, eamque irritam declarat, sed jubet potius, ut, si ex partibus transigentibus alter inspectionem tabularum prius desideret, quam transigat, ipsi inspectio non denegetur, vid. Cocceium *Jur. Civil. Controv. Lib. I. qu. V.* Gundling. *Diss. de transact. verb. testam. non inspect. cap. III.*

f) Rem, de qua transigimus, privati arbitrii esse debere, jam supra diximus. Nemo enim pacto efficere potest, ne leges valeant. Nonnunquam vero lex transactionem de re in totum & indistincte prohibet, aliquando, si certa solennia sint adhibita, permittit. Ad classem primam pertinet transactio de causis ecclesiasticis & matrimonialibus, ad posteriorem transactio de alimentis & delictis. Et alimenta quidem, quia transactione conditio alimentarii deterior fieri posset, transactionem non admittunt, nisi cognita, & approbata causa, ita quidem, ut sola judicis confirmatio non sufficiat Brunnemann. *Cent. II. Decision. LXXV.* nec renunciatio valeat, nec juramentum defectum auctoritatis judicialis suppleat. Quotiescunque vero causa prohibitionis cessat, transactio etiam extrajudicialis valet. Sic de alimentis praeteritis recte transigimus. Sic etiam per accidens ejusmodi transactio subsistit, quando ille, cui alimenta destinata sunt, condi-

tis citra Prætoris autoritatem, si alimentarii conditio non fiat deterior. vid. *d. l.*8. §.6. *pen. & ult.* Cæterum hæc de alimentis singularis dispositio haud pertinet ad annuas pensiones, loco dotalitii viduæ relictas. RICHTER. *ad d. l.*8. *n.*36.

VII. PORRO de causis matrimonialibus notabis, quod conservandi matrimonii gratia inita transactio sine dubio valeat: sed ad matrimonium aut sponsalia[f], legitime contracta, dissolvenda tendens transactio est prohibita. *c. fin. X de transaction.* nisi fiat ex causis adulterii vel malitiosæ desertionis. add. BEUST. *de matrim. part.*1. *c.*29.

VIII. DENIQUE circa delicta (*scilicet admissa, quæ infecta fieri non possunt, non futura, de quibus plane non licet transigere l.*27. *§.*4. *ff. de pactis*) distinguendum inter privata & publica. De privato si civiliter agatur, transactio licita est. *l.*17. §.1. *ff. de pact. l.*56. §.4. *ff. de furt. l.*13. *C. eod.* ad hoc scilicet ut reus actione liberetur: non vero ut iste, si talis sit actio ex maleficio, ex qua damnatum sequatur infamia, notam infamiæ effugiat. Qui enim præstito aliquo transigit post in jus vocationem, videtur confiteri in judicio delictum adeoque pro judicato habetur, atque ita ex ipsa lege sequitur infamiæ nota, etiam cum ante litem contestatam transactum est. *l.*4. §.*ult. l.*5. *l.*6. §.3. *ff. de his qui not. inf. l.*4. *ff. de jur. fisci.* §.2. *in fin. I. de pœn. tem. ligit. l. ult. C. de gener. abolit.* vid. HILLIGER. *l.*18. *cap.* 8. BACH. *D.*8. *th.*9. *lit. h.* VINN. *d. c.*4. *n. ult.* Quodsi quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed Prætore autore, non notatur. *all. l.*6. §.3. & 4. VINN. *d. l.*[h].

IX. DE delictis publicis in jure Romano duæ regulæ habentur. *l.*18. *C. h. t.* Prima est: *De capitalibus* (i. e. pœnam sanguinis seu mortis ingerentibus, *l.* 18. *C. h. t. l.*1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prav.* ARUM. *disp. ad d. l.*18. *th.*24. *& seqq.* JUL. PAC. *in eand. l. n.* 12.) *& ante & post institutam accusationem pacisci & transigere prohibitum non est.* Admissa igitur est & pactio gratuita & transactio de omni delicto, cujus pœna ultimum supplicium, etiam crimine læsæ majestatis. vid. VINN. *d. c.*7. *n.*14. SCOTAN. *D.* 16. *n.*9. scilicet ut tam actori liceat, nec is incidat in pœnam talionis, aut SCti Turpilliani, licet cœptam accusationem deseruerit, ac abolitionem

tionam meliorem reddidit. Aliud exemplum prohibitæ transactionis extrajudicialis occurrit in *Ordinat. Proc. Saxon. Recogn. Tit. I §. XIV.* dum iis, qui ad jura pauperum sunt admissi, vel ideo, ne privatim de lite transigant, interdicitur, quia & judicis & Advocati, qui gratis officium præstitere, interest, ne sportulis priventur, utque indemnitatem consequantur.

*g*) GENERATIM causas Ecclesiasticas privatorum arbitrio esse exemtas, clare loquitur *c. IV. X. de pact. c. V. de rer. permutat. c. IV. sqq. x*[n]. *de transaction.* Itaque & matrimonia es non sunt privati arbitrii. Quod nostrates ita explicant, ut transactio, in qua de matrimonio dissolvendo sermo sit, nunquam valeat. Et eatenus facile consentio, modo intelligamus casum, velle transigentes vinculum matrimonii jam consummati dirimere, quippe quod ipsis nulla ratione ob præjudicium inde in Rempublicam redundans concedi potest. Quod autem addunt, idem juris esse, si de matrimonio consummando sermo esset, & de sponsalibus de præsenti, nec valere transactionem eo tendentem, ut inde oriunda obligatio cessaret, id ideo tolerari nequit, quia Jus Canonicum sponsalia de præsenti a matrimonio diversa nescit, eaque sponsalia, quæ nos de præsenti nominamus, re ipsa sponsalia de futuro Juris Canonici, sive pactum de contrahendis nuptiis sunt, quæ tamen transactionem ex ipsa Juris Canonici dispositione admittere, late docet BÖHMER. *Diss. de incongr. Prax. distinct. inter sponsalia de præs. & de fut. in terr. Protestant.*

*h*) OMNE argumentum de transactione circa delicta facile sic composueris; si a reatu læsionem distinguas. De læsione transactio semper licita est, quodcunque demum delictum læsionem

non impetraverit, *arg. l.13. ff. ad SCt. Turpill.* nec in crimen concussionis, licet ante cœptam accusationem pecunia accepta desistat; *l.1. §.3. ff. de calumn.* SCOT. *d. D.16. n.10.* quam reo neque hic confiteri crimen intelligatur, sed ob dubium litis eventum, miserationis ratione, præsumatur potius periculo mortis territus, quam sceleris conscientia pecuniam dedisse. *l.1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* VINN. *c.7 n.1. & seqq.* Excipitur ab ista regula solum adulterium. *d. l.18. C. de transact. l.10. C. ad L. Jul. de adult.* ANTON. MATTH. *l.18. t.18.* De hoc enim facto transactio seu pactio speciem quandam lenocinii præ se fert; add. *l. un. §.2. in f. C. de rapt. virg. l.14. pr. ff. ad L. Jul. de adult.* FACH. *l.1. c.8.* DELRIO *in d. l.18. n.24. & seqq.* gratuita tamen remissio valet. *l.29. §.2. ff. ad L. Jul de adult.* ANT. MATTH. *de crimin. lib.18. tit.16. n.5.* Hodie vero etiam transactionem de adulterio concessam esse tradit CARPZOV. *prax. crim. p.2. qu.71. n.31. 34.* add. JOHANN. VALER. *differ.* 2. Cæterum transactione de crimine publico, nullum affertur præjudicium alii accusatori, qui non transigit, vel etiam Magistratui. *l.5. §. ult. ff. ad L. Jul. de vi publ.* vid. SANCHEZ. *de matrim. l.16. disp.6. n.13.* HEIG. *q.21. n.79.* CARPZOV. *prax. crim. p.3. q.148. & p.2. quæst. 80. num.86.* VINN. *d. c.7. n.10. 11. & 12.* [h].

X. SECUNDA Regula est. *De criminibus* (idem dicendum de delictis privatis, si criminaliter agatur. VINN. *c.7. n.19.*) *quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere & pacisci non licet.* Et quidem si post institutam accusationem transactum fuerit, reus pro convicto habetur: *l. ult. ff. de prævaric.* accusatori vero non licet citra falsi accusationem h. e. quin incidat in accusationem falsi & pœnam SCti Turpilliani *d.l.18.* Si vero gratuita inita pactio, ea quidem etiam est invalida, & accusator remittens accusationem incidit in pœnam Senatus Consulti; *l.1. §.7. l.6. ff. ad SC. Turpill.* sed reus, etiamsi post litis contestationem pactus est, non habetur pro convicto. *l.4. ff. de jur. fisc.* VINN. *d. l. num.6.* Cæterum hodie etiam de his criminibus transactio licita: vid. JUL. CLAR. *rec. sent. § fin. q.58.* ibique BAJARD. *in not.* CHRISTIN. *dec. Belgic. 159. vol.1.* CARPZOV. *p.3. qu.148. num.17.* neque enim ex ipsa rei natura hujusmodi transactio prohibita. vid. MOLIN. *de I. & I. tr.3. D.47. n.13.* COVARR. *var. resol. l.2. c.10. n.7.* Magistratui tamen nec transactio de his delictis obest, quo minus pœnam dictare possit. COLER. *p.2. consf.3. n.31.* Aliquando autem transactio minuit pœnam, scilicet in iis delictis, ubi transactione damnum læso reparatur, ut si res furto ablata restituatur. [h].

XI. EFFECTUS transactionis est, quod rebus lite dubiis & incertis finem imponat, & tantam habeat firmitatem, ut juramento & rei judicatæ [i] comparetur: *l.2.*

produxerit. Nullibi enim prohibetur, ne quis juri suo renunciet. De reatu vero transactio privatorum non valet, cum hic jus Reipublicæ concurrat, quod privati pactione sua intervertere nequeunt. Sic vero transactio, quatenus in præjudicium fisci tendit, semper irrita est, nec satisfactio privata pœnam publicam tollit, mitigat tamen eam iis in delictis, ubi judex in dictitanda pœna respicere debet ad damnum læso illatum. Cæterum, qui de delicto non capitali transigit, ficte confiteri videtur, & præsumtionem delicti commissi excitat.

*i*) IN genere itaque argumentum a re judicata tum, si validitatem, tum, si rescissionem spectes, ad transactionem valet. Quare error, si intervenerit, per se non rescindit transactionem, cum & præterea in transactione res dubia, & quæ aleam continet, subsit, & sic in omni transactione unus erret. Nec enim rescinditur, si postea species reperiatur apud tertium, de qua

*l.*31. *ff. de jurejur. l.*20. *C. de transact.* nec imperiali rescripto, nec sub prætextu specierum & rerum, aut instrumentorum postea repertorum, lites transactionibus sopitæ resuscitari possint *l.*16. *l* 19. *l.*29. *C. de transaction.* conf. *l.* 23. *l.* 28. *C. eod.* Exc. 1.) si res quædam dolo alicujus fuerint occultatæ, ut *in l.*35. *ff. de pact. d. l* 29. *C. de transact.* 2.) si error intervenerit, *d. l.* 29. Aliquando juramento firmatur transactio, quam violans peculiaribus pœnis notatur [k]: vid. *l.*41. *C. de transact.* CARPZOV. *pr. crim. p.* 1. *q.*46. *num.*19. Cæterum, si de certa lite transactum, ad alia transactio non extendenda. *l.*5. *ff. de transact. l.*31 *C. eod.*

XII. RETRACTATUR tamen aliquando transactio 1.) mutuo consensu *l.*14. *C. h. t.* 2.) si ex falsis instrumentis inita *l. pen. C. h. t.* VINN. *c. ult. n.*10. 3.) ob errorem calculi, nisi super ipso errore calculi transactum [l] aut judicatum *l. un. C. de error. calc.* add. ESCOBAR. *de ration. cap.*41. MASCARD. *conc.* 259. HEESER. *loc. com. de rat. redd.* SICHARD. *in d. t.* RICHTER. *ibid.* 4.) si per evidentem calumniam inanis litis terrore expressa *l.* 65. § 1. *ff de condict. indeb. arg. l.* 8. §. 20. *ff. h. t.* VINN. *c* 14. *n.* 3. Adversatur præterea 5.) transactioni dolus, propter quem exceptione, replicatione, vel quandoque actione transactio infirmatur [m]. *l.* 4. *l.* 19. *in f. C. h. t* vid. RICHTER, *d.* 87. *num.* 14. *&* 15. VINN. *d. c ult. n.* 14. nisi de ipso dolo transactum. *d. l.* 4. Denique 6.) transactionem rescindi posse ex *l.* 2. *C. de resc. vend.* plurimi affirmant. 1.) *per l.* 5. *C. de dol.* juncta *l.* 36. *de V. O.* 2.) *l.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. verb. si evidens.* quam sententiam probamus, modo læsio ista manifeste appareat [n], ac æstimari possit. Atque

transactio inita, quamvis a tertio sta species peti possit *L. XXIX. D. de transact.* Exemplum vide apud BERGER. *P. II. Resp. CXXVIII.* add. LEYSER. *Spec. XLVI. med. XI.* Tum tamen error parit rescissionem transactionis, quando apparet, nullam plane causam transigendi subfuisse, & tamen putasse alterum, causam adfuisse. Hoc enim, si manifeste probari possit, transactionem irritam facit *L. LXV. §. I. D. de condict. indeb.*

*k*) PRIVATUR nempe omnibus emolumentis ex transactione profluentibus, pœnam promissam præstat, actionem antea competentem amittit, & infamis fit, modo tamen majorennis sit *L. XLI. C. de transaction.* Quod autem minor pœnam non subeat, cum tamen transactionem violans in pari reatu esse videatur, id inde est, quia quidem majorenni æquiparatur, quatenus juramentum servandum est, non vero, quatenus pœna in perjurium statuta est.

*l*) AEQUITAS tamen & analogia juris jubet, ut cogitemus casum, errorem calculi tempore transactionis patere. Si enim tempore transactionis lateat, & postea manifeste appareat error, iniquum certe esset, eum non admittere, maxime cum transactio, quamvis generalissime concepta, ad incognita trahi nequeat *L. XLVII. § I. de pact. L. XXIV. & XXXI. C. de transaction.* Ita rem & *L. unic. C. de error. calcul.* interpretatur LEYSER. *Spec. CCCXXXIX. med. V.*

*m*) IMO & condictio ob turpem causam, si dolo inductus quis transegerit, & aliquid ex transactione præstiterit. Nam, licet transactio vires rei judicatæ habeat, causam tamen & quidem dubiam & controversam subesse, omnino requiritur. Ubi vero dolus accedit, dici nequit, dubiam aut controversam subesse.

*n*) SED cum hac sententia aperte pugnat *L. LXXVIII. § ult. ad SCtum Trebell.* Nam, ut, rescissio negotii ex *L. II. C. de resc. vendit.* locum habeat, requiritur omnino, tempore contractus rem certam æstimationem recipere, & læsionem eodem tempore adesse. Sed hæc ad transactionem nulla ratione applicari possunt, quippe cum non de re certa, sed dubia ineatur, & multum aleæ contineat, qualia negotia tamen per ea, quæ suo loco diximus, sub alleg. *L. II. C. de rescind. vendit.* comprehendere vix possumus. Cæterum Praxis tam extra Saxoniam, quam in Saxonia hæc principia deserit WERNHER. *P. I. Obs. CLXXVII.* quod extrajudiciales transactiones attinet, in judicialibus vero querelam de læsione non admittit. Interim vel per se patet, & iis in casibus, ubi rescissionem concedunt, suppone-

hæc affirmativa probatur ELECTORI AUGUSTO *P. 2. Conſt.* 34. vid. RICHTER. *p. 2. dec.* 99. *num.* 54. *& ſeqq.* ubi etiam afferuntur exceptiones. GAIL. 2. *obſerv.* 70. MYNSING. 1. *obſerv.* 33.

## TITULUS II. DE JUDICIIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Judicii deſcriptio.* II. *Quibus conſtet judicium.* III. *Perſonæ conſtituentes judicium principales: minus principales.*

I. JUDICIUM late ſumitur^o non modo pro notione judicum pedaneorum apud Romanos, ſed etiam cognitione ipſius Magiſtratus. Eſtque legitima cauſæ controverſæ tractatio, coram Magiſtratu a partibus litigantibus inſtituta, ut ejus ſententia lis determinetur. *l.* 9. *l.* 13. *C. de jud.* ARISTOT. dicit: *Judicium eſt juris & injuriæ dijudicatio.* 5. *Eth.* 10.

II. CONSTAT omne judicium 1.) perſonis judicium conſtituentibus; 2.) cauſa in judicium deducta; 3.) forma procedendi; & 4.) fine: *de quo tit. XVIII.*

III. PERSONAE principaliter judicium conſtituentes ſunt actor, reus & judex^p.

dum eſſe, utrumque transigentium de quantitate & valore rei, de qua transigimus, certiorem non eſſe redditum. Sin ſecus, læſio reſciſſionem non operabitur LEYSER. *Spec. XLVI. med. VII.* RICHTER. *P. I. Deciſ. XCIX. n.* 70.

o) IMO judicium ſumitur vel pro loco, ubi jus redditur, vel pro cauſæ in judicium deductæ tractatione, ut ſic pro diverſitate cauſæ controverſæ judicium vel civile vel criminale, vel ſeculare vel Eccleſiaſticum nominetur, vel denique pro integro proceſſu, ſive modo cauſam controverſam pertractandi. *Sic iterum judicium* vel ordinarium vel ſummarium eſt, prouti judex vel ordine judiciario ad unguem ſervato, vel omiſſis ſolennibus procedit. Sigillatim poſterior ſignificatus hic conſiderandus venit. Cumque noluerint legislatores, ut judex in cauſæ controverſæ pertractatione merum ſequeretur arbitrium, merito in judicio id ubique reſpicere debet, ut ordine omnia fiant, & ex præſcripto legis. Quo nomine judicium dicitur legitimus modus & ordo, quo coram judice competente cauſa controverſa peragitur, eum in finem, ut lis ſententia finiatur. Hæc enim primaria judiciorum conſtituendorum cauſa fuit, ut judices ſuum cuique tribuant, & cauſa ſufficienter cognita innocentiæ auxilium ferant, proterviæ & temeritati obicem ponant. Peragitur vero cauſæ cognitio hoc ordine, ut I) judex expectet eum, qui juſtitiæ adminiſtrationem urgeat, & controverſiam ſibi moveri exponet, qui actor vocatur, & in libello id, quod cardo rei eſt, proponit. II) Ut alterum, qui conventus eſt, quique reus vocatur, audiat, eique occaſionem, ſe defendendi per exceptiones ſubminiſtret. III) Ut utrique parti probationem ejus, quod afferit, injungat, IV) ut demum litem ſententia finiat. Isque ordo naturalis eſt, & ad ſubſtantiam proceſſus pertinet, nec unquam abſque vitio nullitatis abeſſe poteſt. Præterea vero leges huic ordini varia ſuperaddunt ſolennia, & qua ratione quilibet actus expediendus ſit, determinant, qui ordo vocatur legalis, & iterum, quousque lex ipſa judici, omiſſo hoc ordine, procedendi facultatem non conceſſit, præciſe & ſub pœna nullitatis ſervandus eſt. *L. IV. C. de ſent. & interloc. L. VI. C. Unde vi.* Eſt etiam tertia ſpecies ordinis a judice obſervandi, ubi plures cauſæ concurrunt. Nam tunc prius cognoſcere debet de iis, quæ præjudicium faciunt cauſæ principali ita quidem, ut hæc, niſi præjudicium diſcuſſum ſit, ſententia commode finiri nequeat. *L. I. C. de ordin. judic. L. X. C. de injur.* HERTIUS *Diſſ. de ordin. cauſ. in judic. tractand.* Iterum prius diſcutere debet cauſam criminalem, ſi in cauſa civili quæſtio de delicto, quod rem, de qua controvertimur, reſpicit, incidat *L. V. §. I. ad L. Jul. de vi publ. L. XXXIII. C. ad L. Jul. de adulteriis.* Denuo, ſi præparatorium judicium cum principali concurrit, de illo prius cognoſcere debet *L. XXXV. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. L. XIII. C. de Rei Vindic.*

p) Ex quibus neuter abeſſe poteſt, quam-

*l. 52. ff. de judic. l. 13. §. 2. C. eod.* Actoris vices in processu inquisitorio ob publicam utilitatem supplet ipsa fama seu vox publica [q], vel ipsum commissum delictum reum quasi accusat. add. BRUNNEMANN. *tr. de proc. inquis. c. 1.* Minus principales [r] perde de causa controversa quæstio est. Nam ubi actor deficit, judicis officium cessat. Si nemo adest, qui jus alterius in dubium vocat, jus dicere nequit judex. Et, licet uterque adsit, si tamen judicis copia haberi non potest, ut sententia lis finiatur, frustra expectamus. Non tamen ideo eo delabi debemus, ut existimemus, non posse esse judicium absque causa controversa. Sed judices primario quidem, ut jus dicant, & justitiam administrent, constitui videmus, attamen, & necesse sæpius est, ut judex partibus contrahentibus, vel quod auctoritatem negotiis judicialem conciliandam censeant ipsi, vel quod lex negotia privatorum absque auctoritate judiciali gesta irrita declarer, præsto sit, & suum cuique tribuat, vel damnum & læsionem ex negotio imminentem avertat.

*q*) ITAQUE iis in casibus, ubi ob delicta commissa per modum accusationis procedimus, tres antea nominatæ personæ adsunt, nec modus procedendi & ordo causam cognoscendi ab illo, quem supra indicavimus, diversus est. Postquam vero leges permiserunt judicibus, ut ex officio in delicta commissa inquirere possent, per fictionem quandam eundem effectum famæ tribuerunt, quem habebat libelli ab actore in causa civili peracta porrectio. Sed & simul voluerunt, famæ tamdiu fidem denegandam esse, quamdiu certum ejus auctorem & fontem, unde provenerit, ignoramus. Interim tamen processus inquisitorius non semper a fama originem trahit, sed fieri etiam potest, ut in locum actoris succedat, qui delictum commissum judici denunciet, eoque ipso processui inquisitorio ansam suppeditet.

*r*) SUNT tamen & judicantes & litigantes vel principales, vel minus principales. Ex judicantibus principalis persona est judex, qui causam cognoscit, vel solus, vel assessoribus in consilium adhibitis. Et hi quidem Romæ semper personæ minus principales erant, quia absente judice neque causas cognoscere, neque eas decidere poterant *L. XIII. C. de Assessor.* Sed hodie assessores in judiciis vel ideo, quia Principes jurisdictionem cum toto collegio, tanquam corpore, communicant, non nudi consiliarii judicis sunt, sed cum judice simul jurisdictionem exercent, adeoque & judex absentibus assessoribus, & assessores absente judice jus dicunt. Dantur tamen, ne quid dissimulem, hodie Assessores judiciorum, qui de jurisdictione partem non habent, sed judici inferiori, qui alias solus jus dicit, eo solum fine assident, ut præsentia sua quosdam actus validos efficiant, & gestis judicis fidem concilient, si lex jubeat, ut actus nonnisi præsentibus assessoribus expediatur. Id in criminalibus ex præscripto Constitutionis Crim. Carol. fieri debere, neminem fugit. Eodem modo ad validitatem testamenti judicialis domi confecti Scabinorum præsentia requiritur. Item judici, qui ruri jus dicit, cum ex moribus hodiernis plerumque & judicis & Actuarii vices sustineat, fraudis evitandæ causa Sculteius paganus & Scabini assident. Deinde ad personas minus principales pertinet Actuarius, qui in pertractatione negotiorum judicialium ideo adest, ut omnia fideliter consignet, actis publicis in memoriam rei inferat, &, ne judicialiter gesta in dubium facile vocentur, in scriptis comprehendit. Hujus officium, ut a judicis officio optimo consilio separatum est, ne judex auctoritate sua facile abutatur, ita, ut Actuarius, ante susceptionem officii jurejurando obstringatur, vel ideo necesse est, quia refert, ut partes sciant, eu fidem habere possint protocollis ab Actuario confectis. Cæterum constitutio Actuarii regulariter a judice dependet, nisi forsan illius, qui judicem constituit, intersit, ut arbitrium judicis hac in parte restringat. Confer. WILDVOGEL. *Diss. de actuar.* Denique in judicio, ut personæ minus principales, judici assistunt apparitores, qui jussa judicis exequuntur, & de eo, quod expediendum in se susceperunt, ad Acta referunt, eoque nomine, ut fides ipsis haberi possit, juramentum intuitu officii præstant *L. II. C. de executor. & exactor.* Quod eum habet effectum, ut eorum relationibus de rebus ad officium spectantibus tamdiu stetur, donec contrarium probatum est MENCKEN. *Tr. Synops. Proc. Disp. IV. th. X.* GRIBNER. *Princip. process. Lib. I. cap. I. Sect. II. §. VII.* Quod nunc ad partes litigantes attinet, illi vel ex arbitrio suo, vel ex legis necessitate, & quia per se legitimam standi personam in judicio non habent, consilio & assistentia aliorum in negotiis judicia-

sonæ sunt advocati, procuratores, (qui mandato instructi sint necesse est ', conjunctæ tamen personæ, præstita cautione de rato, admittuntur '.) executores, item nuncii. add. Bouric. *tr. de offic. Advoc.*

# Titulus III. DE ACTORE ET REO.

## Summaria.

Aphor. I. *Actoris descriptio.* II. *Reus quis dicatur.* III. *Ad agendum invitus nemo cogitur.* IV. *Aliquando quis provocatur ad litem.* V. *Actor & reus necesse est habeant legitimam perso-*

libus utantur. Necessario enim adhibere debent pupilli tutores, minores & fœminæ curatores. Ex arbitrio, qui alias ipsi judicialia pertractare possunt, adhibent advocatos & procuratores. Ex quibus illi clientem in jure instituunt, hi clientis personam sustinent. Horumque officia diversa esse, per se patet. Et adhuc in plerisque provinciis diversa sunt. Advocatus enim is esse potest, qui peritia juris est instructus, modo ex more quorundam judiciorum in numerum advocatorum sit relatus. Procurator vero is esse potest, qui peritiam rerum gerendarum habet. Advocatus etiam qua talis non indiget mandato, quo tamen instructus esse debet Procurator. Sed multis in locis utrumque officium plerumque in una persona concurrit. Interim hæ omnes personæ sunt minus principales. Et ex iis sigillatim omnes illi, qui personam litigantem principalem, vel sustinent, vel supplent, personam legitimare debent. Quem in finem tutor tutorium, Curator curatorium, Procurator mandatum exhibere debet. Et ex moribus quorundam judiciorum recte prius ejusmodi personæ non admittuntur, quam de legitimatione constat.

ᵗ) Requisita mandati vero in eo consistunt, ut ex eo constet, quis dederit, cui, contra quem, ad quam causam, ut nomen judicis exprimatur, ut actus expediendi nominentur, ut subscriptio accedat, & signatio. Sigillatim necesse est, ut ad evitandam solennem litis reassumtionem & heredum mentio fiat Recess. Imper. *de anno* 1654. §. *XCIX.* Necesse est, ut actus, qui speciale mandatum desiderant, exprimantur, de quibus supra ad tit. de Mandato jam egimus. Nec enim, excepta Saxonia Elector. sufficit, quosdam actus nominare, & reliquos sub clausula comprehendere, *dass im übrigen alle andere Actus, die ein Special-Mandat erfordern, der Procurator expediren solle.* add. Lyncker. *de formis procuratoriis.* Utile est, ut iis in provinciis, ubi hypothecis conventionalibus efficacia tribuitur, clausula hypothecationis bonorum addatur. Utile est, ut protestetur mandans, se per propriam comparitionem mandatum pro tacite revocato habere nolle, ob dispositionem *cap. VIII. de procurat. in 6to.* Supervacuum vero est, clausulas de rato, grato, & indemnitatis addere, cum illæ negotio mandati jam per se insint Stryck. *Us. Modern. Dig. tit. de procurator.* §. *XXXII.*

ᵗ) Imo & ipse Procurator, qui mandatum quidem habet, mancum tamen, cum cautione rati, ea tamen conditione, admittitur, ut mandatum absque vitio postea exhibeat. Cæterum conjunctæ personæ, nempe omnes ascendentes & descendentes in infinitum, fratres in linea collaterali, socerque & gener durante affinitate *L. XL.* §. *fin. L. XXXV. de procurat.* absque mandato admittuntur, quia lex mandatum præsumit. Idem juris est in marito, si uxoris negotia gerit *L. XXI. C. Eod.* in litis consortibus *L. fin. C. de Consort. ejusd. lis.* in iis, qui documenta ad causam pertinentia penes se habent, modo cautionem præstent, de exhibendo in posterum mandato Ordin. Camer. *P. I. Tit. XXI.* §. *II.* in iis denique, ad quos causæ eventus per indirectum spectat. Ut tamen hi admittantur ex præsumto mandato, primo ipsi standi in judicio legitimam habeant personam, deinde actus expediendus non sit specialis mandati, denique cautio rati præstetur. Est autem cautioræti medium, adversarium securum præstandi, ut, nisi principalis actum gestum ratihabeat, indemnitatem ex cautione habere, eoque nomine cum cavente agere possit. Non itaque obligat principalem ad ratihabitionem. Sic vero consultum est, ut, cum judex, tum pars adversa, de certa quantitate, loco interesse præstanda, sollicitus sit ab initio, si ratihabitio non sequatur.

*nam flaudi in judicio. Impuberes, minores, item furiosi tutoris curatorisve autoritate opus habent;* VI. *Quis pro alio non conveniendus.* VII. *Et universitates syndico opus habens.*

I. ACTOR est, qui aliquid in judicio petit seu qui ab aliquo sibi dari aliquid vel fieri intendit, eumque citari desiderat, Germ. *Kläger:* in criminalibus dicitur in specie accusator, *Ankläger.* Cæterum in duplicibus judiciis, nimirum familiæ herciscundæ, communi dividundo & finium regundorum, ubi uterque litigatorum & petit, & se defendit, quis actor sit, quæritur, cum par utriusque causa videatur. Et CAJUS *in l.* 13. *ff. de judic.* dicit, eum actoris partes obtinere, qui prior ad judicium provocaverit. Quodsi ambo provocaverint, & dubitetur, uter sit prior, is actor erit judicandus, quem sors definivit; *l.* 14. *ff. de judic.*

II. REUS est, contra quem etiam invitum [u] lis seu actio in judicio instituitur, Germ. *Beklagter*, & in specie in criminalibus *Angeklagter*, it. *peinlich Angeklagter.*

III. AD agendum aut accusandum nemo invitus cogitur *l. un. C. ut nem. invit. ag. vel accus.*

IV. ALIQUANDO tamen quis ad agendum provocari potest 1.) per remedium ex *leg. diffamari* 5. *C. de ingen. manum.* 2.) per remedium ex *l. si contendat.* 28 *ff. de fidejussor.* vid. CARPZ. 2. *Resp.* 34. & 64. FRIDER. *in proc. cum not. Nicol.* His remediis [x]

u) ITA communiter. In eo enim actorem a reo differre dicunt, quod ad agendum nemo invitus compellatur, reus vero invitus etiam judicium suscipere debeat. Sed ut rei semper electio sit, utrum cedere an contendere malit, isque ideo per spontaneam præstationem ejus, quod in judicium deductum est, ab actione se liberare possit, nisi litem plane calumniosam cogites, ita tantum abest, ut actor semper ex voluntate libera agat, quin sæpius necesse sit, ut munus actoris invitus subeat. De jure Romano enim sæpius ex jure perfecto alterius interest, ut, quo ipse suum ab alio, quem directo convenire nequit, consequatur, alter ejus nomine agat. Exempla sunt in *L. VIII. in fin. de option. legat. L. II. § penult. & ult. ad L. Rhod. de jact. L. XIII. §. XXX. de action. emt.* Licet vero hæc hodie usu destituantur, cum ad formulas actionum non simus adstricti SCHILTER. *Ex. XXVII. th. XXIV.* Fit tamen, ut & hodie ex necessitate agere debeant, qui officium aliquod, quod obligationem agendi complectitur, in se receperunt. Exempla sunt in tutore, curatore, administratoribus, advocatis fisci. Cæterum ex sola provocatione ad agendum, de qua Auctor in sequenti §pho, necessitas ad agendum non oritur, sed adhuc in provocato positum est situmque, utrum agere, an silere velit.

x) SUNT hæc remedia præparativa, & viam ad processum principalem aperiunt. Leges enim duplici ratione illi, qui litem injustam timet, permittunt, ut mediante provocatione præjudicium ex ipsa lite, intempestive aliquando mota, sibi oriundum avertere possit. Sunt autem diversa ista remedia, tum ratione objecti, tum ratione finis, tum ratione modi procedendi. *Lex* enim *Diffamari* præsupponit diffamationem antecedentem, vi cujus quis vel sibi jus aliquod contra alterum competere aut publice aut privatim asserit, vel famam alterius & existimationem sugillat. Qui enim putant, diffamationem semper injuriam continere debere, omnino errant, cum potius omnis inquietatio diffamatio sit. BERGER. *Elect. Proc. Provoc.* LEYSER. *Spec. LXXXI. med. I.* Imo, si dicendum, quod res est, incongrue satis Lex Diffamari ad injurias illatas applicatur, nisi forsan eo effectu fiat, ut, diffamatio diluatur, quæ ex injuria prolata alterum gravare poterat MEVIUS *P. I. Decis. CXLIV.* Verum & injuriatus tum conditionem suam reddere potest deteriorem, cumprimis, quia ipse, dum provocat, ut diffamans vel veritatem doceat, vel sileat, occasionem suppeditare potest inquisitorio processui formando, si diffamans indicia deducat. Interim provocatio ex hac lege fit eum in finem, ut diffamans agat, jus deducat prætensum, vel de injurioso asserto fidem faciat, aut sileat in perpetuum CARPZOV. *P. III. Decision. CCXIII. n.* 20. *seqq.* Quo vero judex diffamanti hoc ipsum præjudicium minetur, diffamatus ipse diffamatorio

implo-

imploratur judex, ut diffamanti, vel aliud jus prætendenti diem præfigat, intra quam diem ad forum diffamati vel ejus, contra quem aliquid prætendit, veniat, actionemque suam ibi proponat & probet, exceptiones etiam rei percipiat, aut ni faciat, ut æternum silentium illi imponat. *vid. uberius dd. aut.*

V. In utroque, actore scilicet & reo, requiritur, ut legitimam standi in judicio habeat personam. Stare vero in judicio non potest 1.) servus, exceptis certis causis. *vid. l. 53. & 67. ff. de judic. l. ult. C. qui leg. person. stand. in jud. hab.* 2.) impuberes & minores vel furiosi, non nisi tutoris vel curatoris autoritate interveniente [y]. Similiter & jure Saxonico fœminæ non comparere debent in judicio absque curatore ad litem *l. 1. t. 28. aph. 5.*

VI. Praeterea sciendum, quod neque uxor pro marito, vel maritus pro uxore; neque filius pro patre, vel pater pro filio sit conveniendus [z]. *tot. tit. C. ne ux. pro marit. & tit. C. ne fil. pro pat.*

nem summarie demonstrare debet prius, quam judex processum aperiat. Mynsing. *P. V. Observat. XVIII.* Gail. *Lib. I. Observ. X.* E contrario *Lex si contendat* præsupponit, actionem alicui stricto jure competere, exceptione tamen temporali facile elidendam. Ne itaque, dum alter litem differt, exceptio tempore pereat, ille, qui exceptione tutus est, pro hujus conservatione provocatione utitur ea fine, ut creditor non tam agat, quam ad exceptionem respondeat, aut, nisi replicet, per sententiam judicis exceptionem salvam & perpetuam pronunciari patiatur Stryck. *Introduct. ad Prax. Forens. cap. V. § III.* Non igitur opus est, ut provocans demonstrationem aliquam in se recipiat statim, sed exceptionem potius suam judici exponit. Provocato vero deinde comparente, & ad litem principalem suscipiendam parato, cessat statim præparatorius processus, & pro natura negotii lis principalis peragitur. Cumque ex his eluceat, intuitu processus principalis provocantem non actorem, sed reum esse, provocatumque forum rei sequi debere, provocatio ipsa recte fit apud judicem, qui ratione provocantis competens est. Mevius. *P. III. Decision. CCXII.* Qui vero eo progrediuntur, ut eam coram judice utriusque incompetente fieri posse defendant cum Carpzovio *Decision. CCXIII.* Bergero *in Elect. process. provocat. §. XX.* illi per ea, quæ respondet Leyser, *Spec. LXXXI. med. IV.* facile erroris convinci possunt.

y) Distingue infantes ab impuberibus & minoribus. Illi, quia nihil plane agunt, per tutores negotia judicialia expediunt, cui etiam permittitur, ut suo periculo sibi substituere possit actorem, qui deinde & suam & constituentis personam per productionem cum actorii, tum curatorii legitimare debet Mencke *Process. Tit. VII. §. III.* Possunt quidem & a Procuratoribus, Tutoribus impuberum, & Curatoribus actores constitui, sed non nisi consensu principalis. Nam & impuberes & minores non nisi cum tutore & curatore actus judiciales expediunt, nec valet actus a solo pupillo & minore susceptus, nisi conditionem meliorem reddiderit, nec rata sunt, quæ tutor vel curator solus gessit, nisi actus ipse præjudicium non inferat principali. Actus enim speciale mandatum desiderantes pupilli & minoris præsentiam requirunt. Idem juris est quoad fœminas, in Saxonia. Hæc enim solæ nil nisi quod favorabile est Rivin. *Titul. VIII. Enunc. I. Titul. XVIII. Enunc. XLVI.* valide expediunt, sed omnia cum curatore in judicio agunt, nec solus curator actorem constituit, sed consensus mulieris adesse debet, quo facto actorium durat post mortem etiam curatoris Berger. *Elect. Disceptat Forens. p. 289.* nec solus curator admittitur in judicio ad actum expediendum, qui mulieri præjudicium inferre potest. Si vero admissus, actus tantum valet, quatenus utiliter gestus Gribner. *Dissert. de mand special. §. ult.* Atque hæc omnia recte applicantur ad maritum, cum quo uxor in judicio comparere potest, nisi jam habeat curatorem specialiter constitutum. Maritus enim tum vicem curatoris sustinet, imo ex more judiciorum quorundam necesse est, ut nominatim curator uxoris constituatur.

z) Per indirectum tamen cum pignorationibus, tum repressaliis effici potest, ut tertius

VII. TANDEM de civitatibus & aliis universitatibus & collegiis notandum, quod in judicio agere, vel etiam defendere aliter se non possint [a], quam per Syndicos [b], judicialiter constitutos consensu omnium, vel saltim majoris partis, omnibus tamen vocatis [c]. *l. 3. & seq. quod cujusque univ. nom.* vid. CARPZOV. *tit. 5. art. 4.*

de facto tertii respondere debeat. Utramque remedium eo tendit, ut læsio reparetur & satisfactio detur. Pignorationes tamen privatæ, represaliæ publica auctoritate fiunt. Illæ præcise damnum præsupponunt, hæ ob protractam vel denegatam justitiam, vel ob aliam quamvis læsionem adhibentur. De pignorationibus jam supra egimus. De represaliis, eorumque usu vid. late WERNHERUM *P. III. Obs. CXV.*

*a*) ET sic universitates & collegia invita procuratorem constituere debent, modo adversarius id urgeat *L. I. § I. L. II seqq. quod cujusque universis. L. V. § VII. Judic. solvi* Probe tamen ab universitate & collegio sunt distinguendæ plures personæ, quæ nomine collectivo veniunt. Nam hi procuratore solum utuntur, idque regulariter ex mera voluntate. Verum non obstat, ne judex ad præscindendas difficultates & ambages, quas multitudo litigantium parit, vel etiam, si singuli litigent, res tamen absque procuratore exitum habere nequeat, procuratoris constitutionem injungat. Sic plerumque, quando plures litis consortes adsunt, vel principalis persona perpetuo impedimento, ne ipsa compareat, laborat, vel extraneus est, vel infinua io citationum non nisi per ambages aut magno sumtu fieri potest, judices sibi & parti adversæ ita consulunt, ut, quod nonnunquam ex legis disposi tione fieri debet, partem litigantem de constituendo procuratore ad Acta, qui sigillatim citationes accipiat, admoneant, & re ita ferente id ipsum sub pœna injungant. MYNSINGER *Cent. IV. Observat. LVIII.* STRYCK *us. Modern. Digest. tit. de procurator. § XIII.*

*b*) QUI si ab iis discesseris, qui ad defendanda jura civitatum & universitatum in genere, & ita constituuntur, ut munus publicum cum dignitate conjunctum gerant, in effectu a procuratoribus non nisi nomine, & ratione modi constituendi differunt. Nam & mandatum, quod Syndicatus instrumentum vocari consuevit, exhibere, & ea, quæ procuratoris sunt, peragere debent. Hoc unum singulare est, quod mandatum morte constituentium non expiret, quia ipsa universitas non moritur *L. XXXVI de judic.* nec ideo necesse sit, ut ad heredes dirigatur. Imo ne opus quidem est, ut posterorum mentio fiat, MENCKE *Disputat. VII. § III.* RIVIN. *Tit. VII. Enunc. XXXI.* Quod præterea addit ZIEGLER. ad LANCELLOTT. *Libr. III Tit. III. § VII.* pluribus Syndicis simpliciter constitutis alterum absque altero agere posse, quod in Procuratoribus de Jure Romano secus est, id Praxi quidem convenit, habetque hanc rationem, ne lis protelletur. Repugnat tamen argumentum a procuratore ad Syndicum, quod Jus Canonicum etiam approbat. Quare, nisi per leges provinciales, quod in Saxonia Elect. factum, dispositioni Juris Romani de procuratoribus derogatum sit, merito ex pluribus Syndicis simpliciter constitutis alter, altero absente, repellendus erit vid. BÖHMER. *Jur. Eccles. Protest. tit. de Syndic. § IV.*

*c*) TRIA itaque, ut syndicus legitimatus sit, requiruntur I) Convocatio singulorum universitatis membrorum *L. II. D quod cujusque univers. nom.* Si enim vel unus convocatus non sit, electio est irrita, ipsaque universitas, membro convocationem negante, probare debet, convocationem factam esse. Quod tamen secus, si adversarius convocationem neget. Quia enim omne instrumentum solenne & legitimum præsumitur, contrariam probationem subire debet. LEYSER. *Spec. LIV. med. IV. seqq.* II) Comparitio duarum minimum tertiarum. *L. III. D. Eod.* Convocatione enim facta res voluntatis est, an citati comparere velint, & emanentes habentur pro consentientibus. III) Consensus majoris partis in Syndicum *L. XIX. D. ad municip.* De hoc vero, ut constet ex ipso mandato, necesse est. Sic vero subscribere debent constituentes mandato CARPZOV. *P. I C nstit. XIII. def. VIII P III. Decis. CCV.* Interim sufficit, duas tertias subscripsisse LEYSER. *Spec. LIV. med. VII.* Omnino tamen consultum est, ut universitas mandatum vel judicialiter, vel coram Notario & testibus conficiat, quamvis generatim ex scripturas super mandato confecta apparere debeat, omnia legitime peracta esse. Non itaque solum de convocatione testimonium perhibere, sed & comparentium æque ac absentium nomina exprimere debet.

# TITULUS IV. DE JUDICE EJUSQUE JURISDICTIONE.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Judicis descriptio*. II. *In judice requiritur I jurisdictio, quæ definitur*. L. 1. ff. t. 1. de jurisdict. III. *Quadam causa dicuntur, secundum LL. Romanas, jurisdictionis extraordinariæ*. IV. *Dividitur jurisdictio* 1. *in propriam & mandatam*. V 2. *In ordinariam & prorogatam*. VI. 3. *In contentiosam & voluntariam*. VII. *Mixti imperii descriptio*. VIII. *Meri imperii descriptio*. IX. *Quod a speciali concessione alim dependebat*. X. *Hodiernus usus*. XI. *Jurisdictio*. XII. *Hodie generaliter & late accipitur & dividitur in inferiorem ac superiorem*. XIII. *Quænam concessa, unde cognoscatur*. *Qui actus pertineant ad superiorem vel inferiorem*. XIV. *Judex alius est ordinarius, alius extraordinarius*. XV. *Arbitri descriptio*. L. 4. ff. t. 8. de receptis. qui arbitr. recept. ut sent. dic. & *arbitratoris*.

I. JUDEX olim apud Romanos in specie dicebatur pedaneus [d]. vid. *tot. tit. C. de pedan. judic.* Post veterem vero istum modum sublatum judex dicitur ipse Magistratus, *l. 1. ff. de jurisdict.* qui nimirum causam cognoscit, & legitimo processu observato sententiam profert. Requiritur vero in eo 1.) jurisdictio, 2.)ut sit competens, *tit. 5.* 3.) habilitas *tit. 6.*

II. JURISDICTIO juxta Leges Romanas [e] est potestas de civilibus ac privatis causis jus reddendi, jure Magistratus competens. *l. 1. & l. 4. ff. de offic. ejus, cui mand. est jur.*

d) QUIA a pedibus Prætoris sedebat. Sed hic nullam habebat jurisdictionem, cum juris dicundi facultas Prætori propria esset. Quicquid itaque expediebat judex, ex præscripta a Prætore formula agebat, nudamque habebat notionem, id est, cognitionem de causa controversa & sententiam pronunciandi facultatem absque executione. Hodie ejusmodi judices non habemus, nec judex privato ausu constituitur, sed quia jus judiciorum regale est, publica auctoritas, ut quis judicis munere fungi possit, omnino requiritur. Ea enim deficiente quilibet impune non paret. Quapropter judex recte dicitur persona publica a Principe ideo constituta, ut civibus jus dicat, & legum vigorem contra ejus violatores tueatur. Nam eum ob finem judicia omnia sunt constituta, ne, si liberum cujusvis sibi ipsi jus dicendi esset arbitrium, Respublica ejusque tranquillitas detrimenti quid caperet. *L XIII §. III. D. de usufr. L. XIV. C. de Judæis. L. XIII. Quod met. caus.* Quare, ubi judicis copia haberi potest, nemo sibi ipsi jus dicendi habet facultatem. In casu tamen necessitatis. quando ob judicis defectum damnum irreparabile imminet, defensio permittitur.

e) MULTUM a se differt indoles Jurisdictionis apud Romanos & nostrates. De jure Romano vid. NOODTIUM *de jurisdiction*. de jure hodierno GEBAUERUM. Res eo redit, Jurisdictio in se spectata complectebatur solum jus statuendi, præcipiendi & exequendi in causis civium controversis civilibus. Criminales causæ jurisdictioni erant exemtæ, & jus puniendi, quod merum imperium vocabant Romani, populus sibi retinebat, & lege speciali ejus exercitium peculiaribus magistratibus committebat. Eoque sensu imperium jurisdictioni contradistinguitur *L. III. D. de jurisdiction.* Erat tamen etiam jurisdictioni admixtum imperium, quod in facultate exequendi consistebat. Quare denuo ille, cui solum jus statuendi & cognoscendi datum erat, absque facultate exequendi, non jurisdictionem, sed nudam notionem habebat *L XV. de re judic.* HUBER. *Prælect. ad tit. de jurisdiction.* § *III.* Præterea ad causas controversas restringebatur jurisdictio. Sic vero iterum civium actus, qui inter consentientes expediebantur, jurisdictioni qua tali non inerant, sed præter jurisdictionem concedebatur speciali lege jus, auctoritatem istiusmodi negotiis interponendi HUBER. *d. l. §. IV.* Verum enim vero hodie jurisdictio omnem magistratus potestatem complecti-

III. DIXIMUS jure Magistratus competens [f], h. e. inde competens, quod quis Magistratus publice sit constitutus. Sunt enim aliæ causæ, quæ specialiter conceduntur, nimirum 1.) tutoris datio, 2.) cognitio ac interpositio decreti super prædiis minorum alienandis, 3.) cognitio super transactione de alimentis testamento relictis, 4) legis actiones, quæ vocantur, scilicet adoptio, manumissio, emancipatio &c. Dicuntur hæ causæ etiam a quibusdam jurisdictionis extraordinariæ, ita ut ea sit ordinaria jurisdictio, quæ aphorismo præcedenti definitur.

IV. DIVIDITUR jurisdictio 1.) in propriam & mandatam [g]. Propria est, quam quis suo jure habet: (*ordentliche Richter*) mandata (*befohlene Richter*) vero est exercitium alienæ jurisdictionis. vid. *tot. tit. D. de offic. ejus, cui mand. est jur.* Conf. *aph. ult. & pen. hujus tit.* 4.

V. DEINDE 2.) dividitur jurisdictio in ordinariam & prorogatam. Ordinaria est, quæ supra definita: prorogata est, quæ venit ex consensu partium, Magistratum quendam pro suo judice competente agnoscentium, qui alias ordinariam jurisdictionem in ipsas non habet; cujusmodi prorogationes hodie non admittuntur [h]. GAIL. 1. O. 40. PAURM. *de Jurisd. l.* 1. *c.* 27. FRANTZK. 1. *resol.* 17. *n.* 95. & 96.

tur, eo vero nomine potestas cognoscendi, de negotiis civium non litigiosis, nuda notio, mixtum & merum imperium tanquam species sub se simul comprehendit. Estque fons omnis jurisdictionis ipse Princeps, qui & pro arbitrio suo mox latiorem, mox angustiorem potestatem concedit, mox hanc causam huic, mox aliam alii judici assignat, mox jurisdictionem ad personas, mox ad causas, mox ad locum restringit. Quapropter jurisdictionis definitio ad principia nostræ Jurisprudentiæ sic accommodanda est, ut in genere involvat potestatem publicam, de negotiis civium & licitis & illicitis, sive controversis, sive publica auctoritate sustinendis cognoscendi, eaque, si opus est, decidendi, & decisa executione mandandi. Tres itaque sunt partes jurisdictionis I) Cognitio, II) Decisio, III) Executio. Ut tamen semper judex eas conjunctim habeat, non requiritur. Sed, ut diximus, Principis est statuere, quid possit judex. Nec tamen ideo vel judex quis esse desinit, vel jurisdictio cessat, etiamsi vel minima jurisdictionis pars ipsi sit concessa. Interim vel maxime necesse est, ut, quoties cunque negotium judicialem auctoritatem exposcit, ubique dispiciamus, quis habeat jurisdictionem, & quo usque illam, in quas personas, & in quibus causis, exercere possit. Nullum enim negotium a judice, extra limites jurisdictionis suæ gestum, valet. Præterea quilibet judex, quatenus jurisdictionem habet, jure quæsito gaudet, quod privatus facto suo, & absque legis aut superioris permissu intervertere nequit.

*f*) ID est, Romani, dum magistratum ordinarium constituebant, eo ipso facultatem illi concedebant, omnia ea expediendi, quæ jurisdictioni inerant, nec opus ideo erat nova jurisdictionis concessione, cum, ut magistratui, illi omnia licerent, quæ a persona & officio judicis separari haud poterant. Reliqui vero actus, qui officio judicis præcise non cohærebant, verbo, actus voluntariæ jurisdictionis specialiter, vel judici ordinario concedere, vel peculiarem magistratum denominare solebant. Sic ad tutoris constitutionem, ad decidendas controversias de fideicommissis, ad manumissiones & adoptiones convalidandas peculiarem magistratum dabant. Verum hodie & ea, quæ extraordinariæ jurisdictionis erant, jure magistratus exercentur, & ideo hujus distinctionis usus non superest.

*g*) PROPRIA autem dicitur, quam vel is immediate exercet, qui fons omnis jurisdictionis est, vel ille, cui superior jurisdictionis exercitium, ut judici ordinario & perpetuo, concessit. Mandata vocatur, quando vel Princeps ipse certam causam alicui expediendam committit, vel ille, qui judex a Principe constitutus, alteri vices suas defert.

*h*) IMO admittuntur, non ex voluntate solum partium, sed & ex legis dispositione & ex necessitate. Hoc fit in reconventione, cum, qui reum convenit, ab eo reconventus coram judice conventionis, utut alias ejus jurisdictionem non agnoscat, præcise stare debeat *L. XIV. C. de sentent. & interloc.* qua de re infra videbimus

VI. Denique 3.) distinguitur jurisdictio in contentiosam & voluntariam. Illa exercetur etiam in invitos inter se litigantes: hæc in volentes [i] juxta ipsorum petentium voluntatem *l. 2. ff. de offic. Proconsul.* judex tamen ipse bene considerabit, quid circa ejusmodi negotia observandum. Spectant hodie huc donationis, ut & testamenti insinuatio; apertura testamenti; oblatio pecuniæ in judicio; confirmatio hypothecæ; add. Hillig. *l. 17. c. 8. lit. a.* item tutoris datio *t. t. ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* datio bonorum possessionis edictalis; *t. t. C. qui admit. ad bon. poss.* interpositio, vel etiam denegatio decreti 1.) super transactione de alimentis testamento relictis; *l. 8. pr. ff. de transact.* 2.) super alienatione prædiorum minoris. *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel.*

VIII. Quoniam vero jurisdictio sæpius in reluctantes & invitos exercetur, ideo aliqua coercitione opus est, quæ vocatur mixtum imperium: quod est potestas modice coercendi, cohærens jurisdictioni, ad eam tuendam, & jus redditum exsequendum. *l. 1. §. 1. in fin. l. ult. §. f. ff. de off. ej. cui mand. est j.* Præstantiora ad mixtum imperium pertinentia remedia sunt mulctæ dictio, pignoris capio, & corporis prehensio.

VIII. Ad criminales causas spectat merum imperium: quod est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos homines *l. 3. ff. de jurisd.*

Illud fit vel expresse vel tacite. Tacite tum, quando quis coram judice incompetente conventus, exceptionem fori incompetentis negligit, & judicium cum actore suscipit *L. I. & IV. C. de judic.* Expresse tum, quando fori ordinarii privilegio renunciat. Hoc enim duplici temperamento adhibito fieri potest, I.) quando favor personæ solum subest. Huic enim quilibet pro lubitu, etiamsi alias ex privilegio peculiare forum agnoscat, licite renunciat, ut sic dubium non sit, quin & miles, & clericus & studiosus jurisdictionem prorogare, & judicem incompetentem agnoscere possit, *L. LI. C. de Episcop. & Cleric.* Ludovici *Einl. zum Conf. Proc. cap. V. & XI. seqq.* Berger. *Oec. Jur. Lib. IV. Tit. XXI. p. 1030.* Brunnemann. *Proc. Civil. cap. X. n. 4.* quousque lex prohibitive vel consuetudo contraria non extat. Exempla vide apud Richterum *ad authentic. & consequenter C. de sentent. & interloc.* Leyser. *Spec. CXXIII. med VII.* E contrario cessat prorogatio, quando causa ipsa favorabilis & privilegiata est Brunnemann. *ad L. XVIII. n. 2.* II) quando quis se non in totum ordinario judici subtrahit, sed in singularibus solum causis. Stryck. *Us. Modern. Digest. Tit. de jurisdict. §. XXII. sqq. & Dissert. de effic. renunciat. for. hodiern.*

i) In contentiosis itaque negotiis judicis decisionem, in voluntariis judicis auctoritatem & confirmationem expectamus. Ibi judex justitiæ faciendæ causa, hic solennitatis & auctoritatis gratia implorari solet. In his itaque, cum regulariter sufficiat, negotium coram judice esse gestum, plus non requiritur, quam judicis præsentia, & ideo in propria causa judex auctor fieri potest *L. III. & IV. D. de adoption* perindeque est, sive in loco judicii, sive extra judicium auctoritas accedat, sive in die fasto, sive in die nefasto, sive competens, sive incompetens sit judex *L. XXXVI. pr. & §. I. D. Eod. L. VIII. C. de feriis. L. II. de offic. Proconsul. L. I. § VII. de manumiss. vindict.* Verum hæc ita, si lex partibus consentientibus liberam facultatem relinquit, velintne judicem adire, an privatim negotium expedire. Nec enim tum judex accedit alio fine, quam melioris probationis gratia, utque negotio major concilietur firmitas. Quare etiam judex id ipsum, quod actum est a partibus, in medio relinquit, nec, an vitiose actum sit, curat, sed confirmationem solum, in quantum actus de jure valet, addit. Quoties vero lex negotia civium, quibus judicialis auctoritas non accessit, irrita declarat, atque ideo eadem ipsa pro forma negotii requiritur, tum non sufficit, ut judex actum confirmet, sed causam potius agnoscere, damnum præcavere, & id præcise agere debet, ut actus de jure subsistat. Exempla sunt in unione prolium, alienatione bonorum pupillorum & minorum, donatione ultra 500. solidos. Inde autem per se patet, judicem adeundum esse competentem, diebus juridicis, & in ipso loco judicii. Struv. *Exerc. IV. th. LXIX.* Lynck *in Comment. ad tit. de jurisd. §. V.*

IX. DEPENDEBAT merum imperium jure Romano a speciali concessione. *l. 1. pr. ff. de off. ej. cui mand. jur.*

X. HODIERNO usu jurisdictio residet quidem principaliter apud superiorem, sed exercetur vel per Magistratus [k] a superiori constitutos, vel per eos, in quos Principes jurisdictionem per investituram, vel similem concessionem transtulerunt, & quasi patrimonialem effecerunt. adde MOD. PISTOR. *part. 4. qu. 169.* ubi monet, patrem nobilem jurisdictionem (quæ alias ipsius feudo cohæret) non habere in liberos suos.

XI. ET significat hodie jurisdictio in genere potestatem, de omnibus causis civilibus & criminalibus jus reddendi.

XII. ATQUE ita late sumta distinguitur in jurisdictionem inferiorem & superiorem. Jurisdictio inferior (*Erb- oder Nieder-Gerichte*) est potestas a superiori concessa in causis civilibus, ut & minoribus delictis jus reddendi: jurisdictio vero superior (*Ober-Gerichte*, *Hals-Gerichte*, *Peinliche Gerichte*) est potestas jus reddendi, a superiori concessa, in causis criminalibus & delictis gravioribus.

XIII. QUAENAM autem species jurisdictionis alicui competat, ex literis investiturarum & concessionum est perspiciendum [l]. Quænam autem causæ & actus ad

*k*) EXPERIENTIA nimirum docet, consuevisse Principes, ut jurisdictionis exercitium vel concederent personæ, vel prædio quasi connexam vellent. Illa vocatur administratoria, personalis, & judicem facit officialem Principis, quovis tempore rationum redditioni obnoxium. Eaque pro lubitu revocatur, nec ad heredes judicis transitoria est. Hæc dicitur patrimonialis, prædio cohæret, ejusque accessorium est, ita quidem, ut quilibet prædii possessor hujus jurisdictionis capax sit, etiamsi illi vel maxime qualitates desint, quibus alias judex præditus esse debet. Quare perinde est, sive infans, sive fœmina, sive rusticus sit, sive peritia legum destituatur. Quæ cum ita sint, & illi, qui patrimonialem habet jurisdictionem, id tacite concessum videtur ex natura rei, ut ad jus dicendum aliquem delegare possit, qui scientia legali instructus est, quod administrator jurisdictionis facere nequit. Est autem, ut ex historia patria evicit HEINECCIUS *in Diss. de origine & indole jurisdiction. patrimon.* hæc jurisdictio ex antiquo jure disciplinæ domesticæ, quod Paterfamilias in omnem familiam suam exercebat, cum jure vitæ & necis conjuncto. Eique postea schema jurisdictionis superinductum est. Quare & hodie primarius effectus jurisdictionis patrimonialis in jure conveniendi subditos in propria causa in proprio judicio consistit, cujus indolem late exposuit MENCKE *Diss. de jure conveniend. subdit. in propr. judic.* Quod autem hodie hæc jurisdictio nonnunquam ad civiles solum causas restricta deprehenditur, & præterea Magistratibus oppidanis etiam concedi soleat, id inde est, quia Principes se jure suo uti crediderunt, si & aliis, quorum prædiis ab antiquo tempore non cohæreret jurisdictio, eam tamen quasi patrimonialem concederent.

*l*) IMO ex his unice est dijudicandum, non hoc solum, utrum criminalem an civilem jurisdictionem quis habeat, sed etiam, utrum universalem, an particularem jurisdictionem exercere possit. Universalem autem nominamus, quam judex tum in personam tum in res quoad certum territorium citra distinctionem causarum exercet. Duxerunt tamen Principes e re sua, ut iterum a jurisdictione universali mox personas, mox causas, mox locum eximerent, & eo nomine peculiares judices constituerent. Quo ipso variæ jurisdictionis particularis species enatæ sunt, vel ad personas certas, vel ad certas causas, vel ad certum locum restrictæ. Prioris generis est jurisdictio academica, secundi generis est jurisdictio feudalis, metallica, forestalis, mercatoria. De utroque participat jurisdictio Ecclesiastica & militaris. Tertii generis est jurisdictio circumsepta, *Zaun oder Pfahl-Gerichte*, de qua vid. STRYCKII *Dissert. de jurisd. circumsepta.* Dum vero iterum recordamur distinctionis inter jurisdictionem superiorem & inferiorem, non possumus, quin & mentionem faciamus quæstionis;

inferiorem vel ad superiorem pertineant jurisdictionem, potissimum ex usu & consuetudine desumendum est [m]: quid regulariter obtineat, enarrat Carpz. *p* 3. *pr. Crim.* *q.* 109. *n.* 28. *&* 33. conf. Obs. Nostr. Crim. *cap.* 1.

XIV. Praeterea hic notandum, quod judex alius sit ordinarius alius extraordinarius. Ordinarius judex dicitur, qui habet jurisdictionem propriam, proprio jure competentem, vel ex investitura & concessione, vel ex officio constitutam. Extraordinarius vero hodie dicitur [n], qui non jure suo, sed vel ex commissione Principis, aut judicis ordinarii, vel ex electione & voluntate partium causæ cognitionem recipit, ille dicitur delegatus, vel commissarius: de cujus officio vid. *integr. tract.* Rutger. Ruland. *de commissar.* add. Berl. *decis.* 128. *&* *decis.* 129. *&* 133.

XV. Arbiter est, qui de communi partium consensu judex constituitur [o]

quaenam species concessa videatur, si princeps indefinite jurisdictionem dederit, nec, quam cogitaverit, aliunde constet? Utramque speciem subintelligendam esse volunt Tabor *Decision.* *IV.* Beyer. *Posit. ad D. tit. de jurisdict.* §. *XLIX.* Sed verior est opinio, inferiorem solum concessam videri. Primo enim hoc non est universale, ut genus semper speciem comprehendat, maxime, cum vox *Gerichte* plurale tantum sit. Schilter. *Introd. ad Jus Feudal. cap. II.* §. *X.* Deinde omnis concessio a Principe facta a parte ejus involvit renunciationem, quam stricte interpretandam esse, nemo nescit. Denique de regali jure sermo est. In cujus concessione, si haec dubiæ interpretationis sit, id subesse credimus, quod minimum est Struv. *Ex. IV. th.* *LXXX.* Böhmer. *Dissert. de interpret. fac. contra eum, qui clarius loqui debuisset.* Plane omnimoda jurisdictione concessa, Ecclesiasticam tamen non subintelligi docet Böhmer. *Jur. Eccles. Lib. I. Tit XXVIII.* §. *XXVIII.*

*m*) Tantum itaque abest, ut ex jure puniendi crimina jurisdictionem criminalem colligamus, quin potius experientia doceat, & judices inferiores pœnas statuere in delinquentes, & exequi. Id tamen certum est, ad pœnam relegationis usque judicem inferiorem procedere non posse. Ut sic firmiter concludere possimus, eum, cui facultas relegandi concessa est, habere jurisdictionem criminalem. Nec aliam hæc observatio patitur limitationem, quam quæ a jurisdictione Academica desumitur, quippe quæ regulariter in relegatione definit, utut criminalis non sit.

*n*) Itaque extraordinarius judex idem ille est, qui mandatam sive delegatam exercet jurisdictionem. Atque in hac ubique idem juris est, quod in mandato ipso. Judex enim delegatus ubique servat modum & formulam præscriptam *L. I.* § *I. L. III D de offic. ejus, cui mand. est jurisd* ideoque prius producere debet mandatum ipsum, quam de causa cognoscit, quo illi, quorum interest, cognoscant, quantam acceperit potestatem. Et quicquid extra mandatum gerit, nullitate laborat, quamvis ea recte expediat, quæ mandato tacite jam insunt. Præterea, qui mandatam jurisdictionem exercet, alterum sibi substituere non potest *L. fin. pr. D. Eod.* nisi ea facultas expresse ipsi tributa sit. Tacite tamen eam subintelligendam esse existimant, quando Imperator Statum Imperii, vel hic universitatem delegat. Cujus rei rationem vide apud Lyncker. *ad tit. de offic. ejus, cui mand.* Böhmer *Jur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXIX* § *XIV.* Cæterum perinde est, sive alicui universa demandata sit jurisdictio, quod, eos dicimus, facere posse, qui jurisdictione patrimoniali gaudent, sive ad certam causam delegetur, qui, a Principe datus, Commissarius vocatur. Hoc unum inter utrumque intercedit discrimen, quod priori in casu mandans & mandatarius unum habeant tribunal, & sic, si gravamen alicui inferatur, provocandum sit ad mandantis superiorem. Per Commissarii vero sententiam gravatus provocat ad committentem Gail *L. I. Obs.* *CXXI. n.* 2. Rutger. Ruland *de Commission. P. I. Lib. V. cap XIII. n.* 4. *seqq.*

*o*) Arbiter igitur est judex conventionalis a partibus ad causæ controversæ cognitionem & decisionem electus. Quomodo ab arbitratore differat, Auctor quidem exponit, sed dixeris potius, arbitratorem eligi inter amicos, ubi nulla lis est. *L. ult. C. de contrah. emtion.* eum in finem, ut dissensum ex æquo & bono componat. Nec enim stare debent partes ejus arbitrio *L. LXXVI. D. pro socio.* Vocatur eis

certo compromiſſo, ut nimirum ſervato juris ordine, mediante laudo ſeu arbitrio, litem dirimat (*ein gewillkührter Richter*) add. *tot. tit. D. de recept. qui arb.* Ab hoc differt arbitrator, qui, nulla juris ſolennitate attenta, controverſias amice ex æquo & bono definit, ſeu tranſigit. add. SPEIDEL *in notab. lit. ſ.* voc. *Schiedsmänner* GAIL. 2. *O.* 140. *n.* 4.

# TITULUS V. DE FORO COMPETENTE.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Fori competentia conſideratur ratione rei.* II. *Hic forum habet commune* 1.) *ratione domicilii:* L. 5. ff. t. 1. de judiciis & ubi quisque agere vel conv. deb. III. *Uxor ſequitur domicilium mariti; ac filius patris.* IV. *Qui certum domicilium non habet, conveniri poteſt ubi reperitur; vel edictaliter citatur.* V. *Quod forum eſt generale.* VI. 2.) *Ratione contractus.* VII. *Ratione reddendarum rationum & adminiſtrationis quis in loco ejus geſtæ ſpecialiter convenitur.* VIII. 3.) *Ratione delicti.* IX. 4.) *Ratione rei ſitæ.* X. *Arreſtum etiam tribuit forum.* XI. *Ratione ſimultaneæ inveſtituræ etiam forum quem ſortiri volunt.* XII. 5.) *Ratione continentiæ cauſæ.* L. 11. ff. t. 2. de quib. reb. ad eund. jud. eatur. XIII. *Forum privilegiatum ratione cauſarum.* XIV. *Ratione conditionis perſonarum.* XV. *In omnibus ſubordinata & ſuperior diſtinguenda eſt.*

I. FORI competentia inter litigantes æſtimatur ex perſona rei, ita ut actor forum rei[p] ſequi cogatur, *l.* 2. *C. de jurisdict. l. fin. C. ubi in rem act.* Habet vero forum reus vel ex jure communi, vel ex privilegio. Forum commune ſortitur reus 1.) ratione domicilii[q], 2.) contractus geſti, 3.) delicti, 4.) rei ſitæ & 5.) ex continentia cauſæ.

*Schiedsmann*, arbiter vero *ein Schiedr-Richter.* Differre etiam arbitrum a judice, res docet. Hic enim publica, ille privata auctoritate conſtituitur. Nec arbiter deciſa ſua exequendi habet facultatem, ſed judex implorandus eſt, ut renitentem ad ſervandum effatum, ſive laudum arbitri, in quod ab initio conſenſit, cogat. BRUNNEMANN. *ad L. V. C. de arbitr.* Nam ex conventione partes arbitri laudo præciſe ſtare debent. *L. XXVII. ſ. II. L. XX. de recept. & qui arbitr. receper.* ita quidem, ut ne remedia quidem ſuſpenſiva locum habeant. *L. I. C. Eod.* SCHILTER. *Ex. XII. §. IX.* Quamvis vero diverſa ſit arbitri & judicis perſona, talis tamen arbiter eligendus eſt, qui judex eſſe poteſt. *L. IX. § I. L. XLI. L. ult. C. Eod.* ipſeque arbiter æque ac judex cauſam cognoſcere, & modum procedendi ordinarium ſervare debet. *L. I. L. XXXII. §. XV. D. Eod.* Cæterum, cum omne arbitrium in conventione partium nitatur, ſigillatim quoque, quid poſſit arbiter, quisque ordo in diſceptanda lite obſervandus ſit, inde dijudicari debet. Eadem ratione & ipſa quæſtio, quis in arbitrum compromittare poſſit, & in qua cauſa, ex natura conventionum decidenda, & ſigillatim indoles transactionis in ſubſidium vocanda eſt, cum ab hac ad compromiſſum ubique valeat argumentum BÖHMER. *Jur Eccl. Proteſt. Tit. de arbitris §. IX.*

p) QUOD vel ratione perſonæ vel ratione cauſæ agnoſcit. Atque hoc actor præciſe ſequi debet, illud autem nonnunquam elective cum alio foro concurrit. Poſterius ſingularem legis diſpoſitionem præſupponit, cui ſemper lex prohibitiva ineſt, ne cauſa coram alio judice pertractetur. Prius vel ordinarium eſt, idque in regula omnes ſubditi agnoſcunt coram magiſtratu loci, vel privilegiatum, quando Princeps ob peculiarem perſonæ favorem, quem a jurisdictione magiſtratus ordinarii eximit, eique ſpeciale forum aſſignat, idque in lege magis permiſſiva nititur, cui in ſingularibus cauſis renunciare quis poteſt. Inde conſtat, competentiam fori unice ex jurisdictione æſtimandam eſſe.

q) CUM quo tamen non confundendum forum originis, quod itidem forum generale eſt, & olim quidem vel commune erat, ab omnibus ſubditis Reipublicæ Romanæ in urbe Roma agnoſcendum *L. XXIV. de judic. L. XXXIII. ad mu-*

II. RA-

II. RATIONE domicilii convenitur reus coram judice loci, in quo quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat [r]. *l.7. C. de incol. l.190. de V. S.*

III. NOTANDUM hic est, quod uxor sequatur domicilium mariti, & vidua etiam illud forum retineat. Similiter familia sequitur domicilium patrisfamilias, adeoque & filiusfamilias sui patris, quamdiu scilicet sibi non constituit proprium domicilium.

IV. SI vero quis certum domicilium non habeat, potest conveniri, ubi reperitur. vide CARPZOV. *l.2. resp.15. n.12.* Aliquando etiam locum habet edictalis citatio, si scilicet actor ignoret, ubi reus latitet. vid. GAIL. 1. *obs.57.* aut si bona alicubi habeat reus, ibi citatio affigi, & a Magistratu illius loci curator bonorum, qui absentis defensionem suscipiat, constitui debet. CARPZOV. *d. loc.*

V. ISTHOC forum est generale, ideoque cum aliis modis forum sortiendi concurrit, ac in arbitrio actoris est (*sive in personam, sive in rem agat* [s], ) velitne reum spe-

*nicip.* vel singulare, ibi fundatum, ubi quis oriundus erat, etiamsi domicilium alibi constituisset, idque cum filiis legitimis pater, cum illegitimis mater communicabat *L. VI. § I. L. XXXII. Eod.* Prius vero in Germania applicari nequit, cum non liceat, ut quis subditos Statuum Imperii ad suprema Imperii judicia evocet. Posterius etiam in Germania cessat, simulac quis domicilium alibi constituit. Sic vero in duplici casu solum attenditur 1) in eo, qui alicubi degit, absque intentione tamen, ibi domicilium constituendi MEVIUS *P. III. Decis. LXXI. & P. V. Decis. CLXIII.* 2) in eo, qui ubique est. Illum enim ubicunque locorum, ubi deprehenditur, convenire licet. Et si nullibi deprehendatur, ad forum originis edictaliter evocari potest.

r) DOMICILII constitutio & mutatio regulariter est liberæ vol[illegible]tatis *L. XXXI. D. ad municipal.* quousque lex hanc facultatem non restringit. Quod fit in eo, qui domicilium habet, idque alibi in præjudicium magistratus ordinarii constituere vult. Interest vero magistratus, ne catervatim subditi emigrent. Interest ejusdem, ne quis, quem peculiare vinculum ad certum locum adstringit, proprio ausu nexum turbet. Et catenus ipsum INSTRUM. PAC. WESTPH. *art. V. §. XXXV.* arbitrium emigrantium restringit, sola causa religionis excepta. add. STRYCK. *de resign. jur. civitat.* Præterea Leges Romanæ hodie etiam hoc in argumento agnoscendæ ad forum mariti uxorem *L. fin. §. III. D. ad municip.* infantem & furiosum ad forum patris, coheredes, quousque hereditas jacet, vel si defunctus judicium jam accepit, ad forum defuncti adstringunt *L. XIX. pr. L. XXXIV. de judic.* STRYCK. *ad Lauterbach. p.* 104. Quatenus vero lex etiam liberam domicilium constituendi facultatem relinquit, permittit tamen, ut magistratus, sub cujus tutela quis hucusque vixit, in compensationem tutelæ censum quendam emigrationis exigere possit a discedente, quem censum quis, in quibus casibus, & cui solvere debeat, consuetudinis potius, quam certæ legis est. BEYER. *Spec. Jur. German. Lib. I. cap. XX.* Cæterum, ut quis domicilium alicubi agnoscere debeat, requiritur I) habitatio, II) cum animo, ibi perpetuo sedem fixam habendi. Neque igitur sola domus possessio, neque sola habitatio, neque certi temporis lapsus, neque translatio majoris bonorum partis per se domicilium facit, sed de animo constare debet. Et hic quidem, si expresse declaretur, dubium non relinquit. Non declaratus autem dum demum præsumi potest, si quis aliam eamque justam, cur alicubi commoretur, allegare & probabilem reddere nequit causam. *L. XVII. §. XIII. ad municip.* STRUV. *Ex. IX. th XXV.* MEVIUS *P. V. Decis. CLXII.* Ut sic res omnis de constitutione & transmutatione domicilii ab arbitrio judicis fere dependeat CARPZOV. *Lib. II. Resp. XXIII.* LAUTERBACH. *de domicil. cap. III.* Plane magistratui jus competere, ut eum, qui absque justa causa diu in oppido habitat, vel ad jus civitatis acquirendum compellat, vel exire jubeat, docet GAIL. *Lib. II. Obs. XXXV.* STRUV. *Exerc. L. thes. LII.*

s) SIVE res mobilis sive immobilis sit, sive sub judice domicilii, sive alibi sita sit *L. LXVI. in fin. ad SCtum Trebell.* Quod tamen intellige de casu, quando adhuc inter eum, qui in rem agit, & alterum controversia est de re ipsa & jure in re competente, ut tum judex domicilii cognoscere, & litem sententia finire possit. Quo-

ciale quodam, (*verb. gr. rei sita, de quo aph.* 9.) an vero generali suo domicilii foro convenire: *l.* 19. *§. f. ff. de judic. l. fin. C. ubi in rem act. cap.* 17. *x. de for. compet.* uno tamen electo, & citato ad illud reo, non licet variare, propter præventionem, *l.* 30. *ff. de judic.* GAIL. 1. *O* 29. *n.* 5. Remedium tamen ex *l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* tantum in loco hereditatis sitæ institui posse volunt per *l. un. C. ubi de heredit. ag.* ubi addantur interpretes.

VI. 2.) RATIONE contractus quis forum sortitur in loco, ubi ipse negotium cum alio celebravit; modo secundum hodiernos mores ibi reperiatur [t]. vid. CARPZOV. *d. l.* 2. *Resp.* 29. *&* 30.

VII. PECULIARIS vero est ratio reddendarum rationum de negotiis administratis, ratione quorum quis in loco gestæ administrationis convenitur, etiamsi ibi non reperiatur. vid. *l.* 1. *C. ubi de ratioc. ag.* BERLICH. *dec.* 273. CARPZOV. 2. *Resp.* 33. RICHTER. *dec.* 13. *n.* 21. JOH. HEESER. *loc. com. jur. pract. de ration. redd. loc.* 5. *n.* 3. *& seqq.* Immo nonnulli statuunt, solum in loco administrationis gestæ ob rationes quem conveniendum esse, adeo ut in foro (alias generali, *aph.* 5.) domicilii conventus, hoc exceptione fori incompetentis declinare possit *per d. l.* 1. *C. ubi de ratiocin. l.* 45. *ff. de judic.* FR. MUNNOZ DE ESCOBAR. *de ration. c.* 7. CARPZOV. 2. *Resp.* 33. a quibus tamen dissentiunt VULTEJ. *in l.* 1. *C. d. t. n.* 9. CHRIST. *decis. belgic. vol.* 3. *dec.* 162. HEESER. *d. l. n.* 16. *& seqq.* conf. FRANZ. 2. *Resol.* 26.

VIII. 3.) RATIONE delicti forum sortitur reus 1.) ubi deliquit; & ibi processus contra eum institui potest, licet aufugerit [u]: *tot. tit. C. ubi de crimin.* ob privata tamen delicta hodie reus in loco delicti, nisi ibi deprehendatur, non potest conveniri.

ties enim constat jam certo, cujusnam res sit, idque agat actor, ut possessori eadem ipsa per executionem vel immissionem adimatur, necesse est omnino, ut judicis rei sitæ auctoritas accedat *L. un. C. ubi de moment. possess.*

t) UT quis in foro contractus judicium suscipere debeat, requiritur I) agi de contractu implendo BRUNNEMANN. *ad L. II. C. ubi & apud quem.* II) qui in loco, ubi actio instituitur, consummationem accepit. Est autem locus consummationis, ubi solutio facienda vel res tradenda *L. XXI. D. de Obligat. & action. L. XIX. §. I. D. de judic.* vel si de consummatione nil dictum est, ubi contractus perfectionem accepit, pec consensus interpositionem *d L. XIX* ubi scriptura accessit *L. XVII. C. de fide instrum.* si inter absentes res geritur, ubi acceptatio facta. III) ut illi, qui promissa denegat, prima minimum citatio in foro contractus insinuetur *c. I. §. III. de foro compet. in 6to.* Sic vero subsidiariam citationem ad requisitionem judicis fori contractus insinuatam absens impune contemnit GAIL. *L. II. Obs. XXXVI. n* 14.

u) INNITITUR forum delicti regula, quod delinquens delinquendo se obliget ad pœnam subeundam. Sic vero judex loci, ubi delictum perpetratur, ratione pœnæ jus quæsitum habet. Indeque forum delicti ex persona delinquentis in dubio est æstimandum COCCEJUS *Diss. de fundat. & in territ. & plur. loc. concurr. potest. Tit. IV. §. XIX.* & in confinio si delictum commissum, uterque judex cognoscit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. CX. n.* 37. Interim perinde est, utrum delictum inchoatum, an consummatum. Sub uno tamen judice inchoatum & sub altero consummatum locum facit præventioni *L. I. C. Ubi de crimin. L. I. C. ubi Senat.* Imo & contra absentem de jure Romano recte proceditur *L. XXII de accusat.* NOV. *CXXXIV. cap. V.* de jure hodierno, cur eadem dispositio locum non habeat, sufficiens dubitandi ratio vix adest, cum vi *L. XXVIII. §. XV. D. de pœnis* Reipublicæ intersit, ut exemplum statuatur in loco, ubi delictum commissum, ut alii deterreantur. Et docet experientia, judicem fori delicti delinquentem non persequi solum literis arrestatoriis, *mit Steckbriefen*, sed & in delictis levioribus eundem adhibere citationem edictalem.

DECIS. ELECT. *noviss.* 89. add. CARPZ. *d. l.2. resp.* 27. 2.) ubi deprehenditur reus[x], licet nec ibi domicilium habeat, nec ibi commiserit. *d. l.1. C. ubi de crim.* Neque hodie necessario remittendus est reus ad magistratum, ubi crimen est commissum; aliquando tamen vel ex gratificatione, datis tamen literis reversalibus, uti vocant, vel ex speciali conventione remittitur. add. RICHT. *decis.* 15.

IX. PORRO 4.) forum sortitur reus, ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur. Locum ergo hoc forum habet solum in actionibus, quibus in rem agitur. add. *tot. tit. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss.* Pertinet hoc forum non solum ad res immobiles, sed & mobiles[y]; *d. l. fin. C. ubi in rem. act.* & quidem secundum communem sententiam, licet res mobilis eo loco non sit permansura: quo tamen casu, cautione præstita, res interim dimittitur. SICHARD. *in d. l. ult. C. ubi in rem. act.*

X. NOTANDUM etiam hic, quod per impositionem arresti ejusmodi forum constituatur[z], licet ob debitum aliquod arrestum impetretur, vid. MEV. *tr. de Arrest. c.* 15.

XI. ADDIMUS & hoc, quod ex usu nonnullorum judiciorum simultanee investiti, etiam alibi degentes, sint subjecti jurisdictioni domini feudi in causis feudum non concernentibus[a]. Similiter ex eadem consuetudine receptum est, ut vasalli, a qui-

x) QUOD forum tamen jus judicis fori delicti quæsitum ei invito intervertere nequit. Nam urgente illo reus ad forum delicti erat remittendus *L. VII. §. IV. L. ult. de accusat. L. XXVIII. §. penult. D. de pœn.* NOV. *CXXXIV. cap. V.* Hodie vero, nisi forum delicti jam per citationem realem fundatum, vel ex dispositione legis peculiaris remissio præcise facienda sit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. LX. n.* 54. *sqq. Introd. nostr. ad Jus Sax. P. III. Sect. III. Ex. II. §. II.* fortius est forum deprehensionis foro delicti, ita quidem, ut in deprehendentis judicis arbitrio sit, velitne remittere delinquentem, nec ne. Ex inveterata tamen consuetudine judices remissionem non facile denegare, sed delinquentem acceptis literis reversalibus, de non præjudicando jurisdictioni & pari officio in casu simili præstando, nec non exsolutis sportulis judicialibus, ad forum delicti remittere solent, quando id judex fori delicti urget. STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. de judic. §. XXVII.* MILIUS *Diss. de remissione facinoros.* MÜLLER. *Diss. de literis reversalibus.* Quodsi vero judex fori deprehensionis remissionem, quod facere potest, deneget, non tamen aliam pœnam in delinquentem statuere potest, quam quæ obtinet in loco delicti ZIEGLER. *Diss. de pœn. §. LIII.* Nec tamen delinquens in foro deprehensionis semel punitus in foro delicti postea denuo puniri potest WERNHER. *P. VII. Obs. XLI.*

y) DUBITAT de hac re BEYER. *in Digest. tit. de judic. §. CX.* nec admittit explicationem verborum: *situm esse* per verba: *deprehendi in loco*. Et si dicendum, quod res est, actio illa de re mobili in loco, ubi deprehenditur, instituta, non multum efficaciæ habebit, nisi actor simul curet, ut arrestum impetret, quod tamen absque justa causa judex decernere non solet.

z) EST itaque arrestum medium judicialis auctoritate rem, in loco non permansuram, vel facile de loco in locum transportandam, in certo loco detinendi. Idque præterea, quod securitatem præstet, ne res intervertatur, eum habet effectum, ut jurisdictio judicis alias incompetentis prorogetur, sic vero is quoque, qui alibi degit, ejus judicium, tanquam in foro rei sitæ, agnoscere debeat. Quia tamen existimatio ejus, cui arrestum denunciatur, paulisper læditur, non facile judex eum decernit, sed impetrans arrestum demonstrare debet prius, justam adesse rem detinendi causam, &, nisi detineatur, se suum difficulter consecuturum. Est & aliud arresti genus, Saxonibus præsertim cognitum, quo contra debitorem obæratum utuntur creditores non privilegiati eo effectu, ut jus reale acquirant, quo de argumento infra videbimus.

a) GENERATIM nexus feudalis in omnibus iis territoriis, in quibus Jus Landsassiatus viget, Vasallum, omnesque reliquos, qui successionem in feudo sperant, eoque nomine

bus & juramentum fidelitatis & juramentum subjectionis simul exigitur, licet illi alibi domicilium habeant, actionibus in personam possint coram illo domino feudi conveniri. vid. CARPZOV. *Lib.* 6. *Resp.* 115. RICHT. *consil.* 1.

XII. TANDEM ratione continentiæ coram uno eodemque judice tractantur causæ, quæ alias sub diversis judicibus tractandæ forent. *tot. tit. ff. de quib. reb. ad eund. jud. eat.* Ista autem cohærentia sive continentia vel venit [b] a personis, adversus quas agitur, quando scilicet plures sunt rei ratione ejusdem causæ, diversis jurisdictionibus subjecti, qui coram uno judice, eoque superiori omnium proxime communi conveniri possunt: Vel ex conditione & natura actionum, quæ instituuntur, quando nimirum aut generales aut universales sunt actiones, aut cognatæ, aut una alteri principali præjudicium affert, & tamen diversis judicibus diversæ res sunt subjectæ; tunc itidem supremus judex, vel ad quem principalis causa spectat, adiri potest. vid. PET. FRIDER. MINDAN. *tr. de proc. extrah. c.* 5.

XIII. FORUM privilegiatum seu singulare competit reo vel ratione causarum, vel ratione personarum [c]. Causæ privilegiatæ sunt 1.) causæ spirituales & Ecclesiasticæ, quæ coram judice Ecclesiastico, seu consistoriis sunt expediendæ. *c.* 3. *X. de jud.* 2.) causæ feudales, de quorum foro legas SYNT. NOSTR. FEUD. *cap. ult.* 3.) causæ status, vid. *tot. tit. C. ubi caus. stat.* 4.) causæ fiscales. *tot. tit. C. ubi fisc. caus.*

XIV. RATIONE personarum forum est privilegiatum 1.) clericorum, qui co-

eventuale juramentum fidelitatis præstant, obligat, ut jurisdictionem Domini directi in personalibus etiam negotiis agnoscant. Vi enim Vasallagii se domino directo simul ut domino territoriali subjiciunt, absque distinctione, sive domicilium in territorio habeant, sive alibi degant, etiamsi imperio alias immediate subsint. INSTR. PAC. WESTPH. *art. V.* §. *XXVIII.* Hoc jus Landsassiatus maxime in iis provinciis viget, quæ territoria clausa dicuntur. Nec ideo ad Saxoniam solum, de qua late CARPZOV. *Diss. de jur. ac privil. Duc. Saxon. de non appell.* restringendum est, sed in aliis etiam Germaniæ regionibus viget. Conf. MENCKE *Diss. de vi superior. territor. in territor. imper. clauf.* Cæterum, quam sancte colant Status Imperii hoc jus, patet ex CAPITUL. CAROL. *art. XV.* in quo ab Imperatore sibi stipulati sunt, *dass er keinen Landsassen von einen Standes Botbmässigkeit und Jurisdiction weder unter dem Prætext der Lehnsberrschafft, noch einem andern Scheine eximiren und befreyen, noch solches andern gestatten wolle.*

*b*) DEDUCITUR continentia vel ex identitate causarum, vel ex conjunctione causarum. Illa adest, vel ratione personarum, vel ratione rerum. Prior, quæ personas respicit, præsupponit casum, plures personas, quæ diversas jurisdictiones agnoscunt, ex una eademque causa alicui esse obligatas v. c. plures tutores, vel legatarios. Posterior, quæ ad res spectat, de casu accipienda est, quando, quis, vel plures res, sub diversa jurisdictione sitas, jam obligatas habet, v. c. res, quæ ad hæreditatem pertinent, vel obligatas habere cupit, v. g. per arresti generalis impositionem. Atque his omnibus in casibus judicem, qui ratione omnium personarum vel rerum competens est, quando haberi potest, adire & judices singulo intermedios prætergredi possumus. Si vero non adsit judex omnibus superior, causa dividenda est. Continentia vero, quæ ex conjunctione causarum oritur, causam connexam ad illud forum trahit, in quo altera causa ventilata fuit. Ita judicium principale coram judice tractatur, qui de præparatorio judicavit. Ita in judicio conventionis cognoscitur causa reconventionis. Judex, qui de possessorio judicavit, & in petitorio litem terminat. Ubique tamen præsupponendum est, esse judicem, ratione causæ, quæ connexa dicitur, competentem. Nam v. c. judex quidem secularis de possessorio in causa Ecclesiastica, non vero de petitorio cognoscere potest.

*c*) UTRIUSQUE fori privilegiati efficaciam jam sæpius indicavi. Forum enim causæ privilegiatum prohibitionem continet, adeoque ejus renunciatio non est privati arbitrii. Forum

ram judice Ecclesiastico sunt conveniendi. *auth. statuimus. C. de Episc. & cler.* CARPZ. *Jurispr. Consist. l.2. c.*10. nisi ratione rei sitæ actio moveatur. GAIL. *L.*1. *O.*37. *num.*4. Quid obtineat in criminalibus causis[d], explicat CARPZOV. *Pr. Cr. p.*3. *q.*110. *num.*82. *& seqq.* 2.) Professorum cum tota familia, & studiosorum, qui in academiis coram Rectore suo sunt conveniendi[e]. *auth. habita. C. ne fil. pro pat.* 3.) Militum, qui subsunt Magistro militum[f] *l.*3. *pr. ff. de re mil. l.*2. *C. de off. mag. mil.* 4.) Principum officialium in urbe quadam degentium[g]. add. HEIG. *p.*2. *qu.*211. & late MEV. *ad jus Lubec. in quæst. prælim. qu.*3. *n.*38. *& seqq.* Pertinent huc Statuum Imperii primæ instantiæ, quas Austregas vocant[h].

personæ privilegiatum in permissivo jure consistit, cui, nisi lex sigillatim obstet, renunciare licet.

*d*) ORIGINEM jurisdictionis Ecclesiasticæ a diverso respectu Reipublicæ secularis & Ecclesiasticæ & præeminentia putativa Ecclesiæ desumendam late exponit BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXXI.* & in indolem ejus inquirit STRYCK. *in Dissert. de origine & indole jurisdict. Eccles.* Pertinet vero hoc forum partim ad personas Clericorum, partim ad causas Ecclesiasticas. Et harum intuitu omnes omnino etiam non Clerici forum Ecclesiasticum præcise agnoscere debent. Personalia vero Clericorum negotia quod attinet, sive ex facto licito, sive ex facto illicito dependeant, ratione cognitionis, decisionis & executionis sibi vindicat judex Ecclesiasticus, &, quando pœna, remotione gravior applicanda venit, quæ corpus afficit, vel vita privat, clericum prævia degradatione Canonica in statum laicorum prius detrudendum, judici seculari tradit puniendum, quæ degradatio, utut ab erroneo principio, nullam laicum in clericum qua talem exercere posse jurisdictionem, dependeat, tamen a nostratibus usurpatur, ex ratione, ne forsan scandalum homines ex plebe accipiant, add. KRAUSII *Diss. de degradat. Canon.*

*e*) IN negotiis personalibus, civilibus tamen regulariter, in criminalibus non nisi ex speciali privilegio. Utut vero Academiæ in criminosos animadvertere nequeant, habent tamen jus coercendi immorigeros per modum censuræ, eo effectu, ut civitate Academica eos privare possint. Nec facile ipsis ob reliqua crimina denegatur jurisdictio, quatenus in cognitione consistit. Et, peracta cognitione, si appareat, delictom inquisitione dignum & pœna corporis afflictiva aut capitali afficiendum non esse, & decisio & executio Academiæ competit. Quare, si jurisdictio criminalis tertio in cives Academicos concessa sit, non sufficit, crimen esse commissum, ut Academia excludatur, sed requiritur, ex causæ cognitione ab Academia peragenda apparere, crimen ita qualificatum esse, ut pœna corporis afflictiva vel capitalis sequi possit. add. WERNHER. *P. I. Obs. CCLXXXVI.*

*f*) QUOD iterum personale forum est, ad actiones licitas & illicitas citra distinctionem extendendum. Quoad delicta vero jus Romanum distinguit ea intentione, ut delicta a milite, qua milite, commissa solos judex militaris, delicta vero a milite, qua subdito, perpetrata & judex ordinarius per modum præventionis ponire possit *L. II. D. de re militar.* Hodie vero id unice a dispositione principis dependet, quo usque militare forum privilegiatom esse, & quas causas ipsi subesse, quas exemtas velit. add. STRYCK. *Us. Modern. Digestor. tit. de re militar. §. II.*

*g*) QUOD privilegium itidem in eo consistit, ut ministri Principis, in personalibus, jurisdictioni magistratus oppidani sint exemti, ubicunque locorum degerint, & Principem judicem solum agnoscant. Cæterum a Ministris & Officialibus Principum distinguuntur plerumque illi, qui famulitiom & servitium Principi, ejusque conjugi & familiæ præstant, quippe qui coram aulæ Mareschallo in personalibus causis civilibus conveniuntur, & coram eodem censuram morum subeant. STRYCK. *de for. ministr. Princ. cap. II.*

*h*) A voce *austragen, vertragen*, amicabiliter componere. Est vero Jus Austregarum privilegiom primæ instantiæ ab Imperatore eo in fine singulis Imperio immediate subjectis concessum, ut prius, quam coram arbitris causa controversa tractata sit, ad Judicia Imperii suprema evocari nequeat. Non itaque est privilegium Statuum Imperii, qua talium, cum Doctores juris publici doceant, quosdam Status Imperii eo

XV. CAETERUM judex vel est superior, vel inferior: & quidem coram inferiore judice suo quis conveniendus est, nec hoc prætermisso superior adeundus, cum privilegium, quod vocant, primæ instantiæ inverti aut averti possit nemini, *c. pervenit.* 39. *C.* 11. *q.* 1. ORDIN. CAMER. *P.* 2. *t.* 1. *pr. tit.* 5. *§. und soll sonst* 2. *& tit.* 8. *§. wo sich aber zwischen.* 15. RECESS. IMPER. *de A.* 1654. *§. beneben sollen.* ne quidem per indirectum [i]. vid. CARPZOV. *l.* 2. *resp. Elect.* 17. JOH. GEORG. NICOL. *Processf. c.* 20. *part.* 1. Exceptio est 1. in personis miserabilibus, quibus reum statim coram judice superiore convenire licet [k]: *l. un. C. qu. Imp. int. pup. vel vid.* ubi add. BRUNNEM. quam tamen legem in Cameræ judicio non amplius observari tradit GAIL. 1. *obs.* 1. *n.* 40. in Principum vero judiciis adhuc vigere tradit CARPZ. 2. *resp.* 19. Exceptio 2. casus denegatæ vel protractæ justitiæ, aut protelatæ litis. Exceptio 3. casus, quo inferior judex est suspectus. Exceptio 4. casus in *l. un. C. si quis. Imper. maledix.* vid. NICOL. *d. c.* 20. add. CARPZOV. *p.* 3. *prax. crim. q.* 110. *n.* 18.

# TITULUS VI. DE JUDICIS HABILITATE.

## SUMMARIA.

*APHOR. I. Causæ, quæ reddunt judicem inhabilem seu suspectum. II. Ob has recusari potest etiam ordinarius judex. III. Sæpius tunc adjungitur alius. IV. Causa suspicionis est probanda.*

I. QUAMVIS vero quis magistratus constitutus, atque inde habeat jurisdictionem; *de qua tit.* 4. nec non forum sit competens, *de quo tit. praced.* tamen requiritur, ut etiam sit habilis judex, seu non adsint causæ suspicionum [l], ob quas repudiari possit: cujusmodi sunt 1. si commodum vel incommodum ex causa ad judicem pertineat. *l.* 17. *ff. de judic. l. un. C. ne quis in sua causa jud.* multo minus in propria causa judicare ipsi permissum. *d. l. un.* Nobiles tamen causas, ipsos & subditos eorum concernentes, coram officialibus & Scabinis suis tractare, & acta ad collegium JCtorum transmittere possunt. DECIS. ELECTOR. *noviss.* 38. *&* 39. MODESTIN. PISTOR. non uti, alios, qui status non sunt, eo gaudere. Sed unice illi ad Jus Austregarum provocare possunt, quibus id per privilegium est concessum.

*i*) ET sic ne per Commissiones quidem ipse Princeps judici inferiori facile præjudicium infert, nisi judex inferior suspicione laboret. Imo si levis sit suspicio, moris est, ut judici Commissarius potius adjungatur, quam causa tertio cum exclusione judicis ordinarii committatur.

*k*) SUNT personæ miserabiles, quæ fortunæ injuria miserabiles sunt, forsan, quod eum, quem nutritorem & defensorem habebant, amiserint, vel diuturno morbo fatigati, vel per calamitates possessionibus suis privati sint. Et hi, sive agant, sive conveniantur, privilegio *L. unic. C. quand. Imperat. inter pupill.* uti possunt. Non tamen facile ad hanc legem provocant, judicio jam in prima instantia accepto & lite pendente, nisi justa adsit avocationis causa. LEYSER. *Spec. LXXVIII. med. V. seq.*

*l*) IMO potius inhabilitas judicis est vel absolute talis, vel secundum quid. Primo enim judex generatim non esse potest, nisi iis qualitatibus sit instructus, quæ illi, qui justitiam administrat, necessario cohærere debent. Habeat nimirum judicium discretivum & scientiam legalem. Quæ, quamvis ex moribus Germaniæ adesse non debeat in eo, qui jurisdictionem patrimonialem exercet, procul dubio tamen deesse non potest hujus delegato. Licet vero judex omnibus istis qualitatibus sit instructus, sit tamen inhabilis secundum quid, quando ex circumstantiis apparet, causam pertractandam ad eum vel directo vel per indirectum pertinere, eumque probabiliter partium studio fore deditum. Exempla vide in ZIEGLERI *Dicast, Concl.* XIII.

*part.* 1. *c.* 7. *n.* 5. Ziegler. *ad prax. Calvol.* §. *nobiles. concl.* 1. *num.* 17. & 19. Berlich. *dec.* 109. Carpzov. 1. *respons. Elect.* 87. *n.* 22. & 23. 2. Inimicitia *c.* 41. *in f. x. de appellat. l.* 9. *pr. ff. de liber. caus.* 3. Singularis gratia, conjunctio & amicitia *l.* 10. *ff. de jurisdict.* 4. si judex fuerit corruptus. add. Gail. 1. *obs.* 33. Myns. 3. *obs.* 63.

II. Ob hasce & similes causas non solum delegatus, *l.* 16. *C. de judic.* sed etiam ordinarius judex tanquam suspectus recusari potest. *c.* 61. *c.* 41. §. 1. *X. de appellat. c.* 39. *X. de offic. & potest. jud. deleg.* add. *l.* 17. *ff. de judic. l.* 9. *ff. de lib. caus. d. l.* 16. *C. de judic. & auth seq.* Gail. 1. *obs.* 33. *n.* 1. Zanger. *de exception. part.* 2. *c.* 4. *num.* 8. Carpz. *process. tit.* 3. *art.* 4. *num.* 83. cæterum integrum collegium ut suspectum [m] recusari non convenit. Gail. *d observ.* 33. *num.* 4. Zang. *dict. cap.* 4. *num.* 16.

III. Duplici vero modo de judice suspecto querulanti succurri solet: vel enim judex superior per commissarios causam tractari, & decidi jubet, vel suspecto quendam adjungit, qui simul causam cognoscat ac dirimat [n]. Sichard. *ad auth. si vero contigerit. C. h. t. n.* 7. Covarruv. *pract. quæst. cap.* 26. *n.* 1. *ubi testatur, hanc sententiam, quod scilicet judici suspecto alius vir bonus adjungatur, esse communem totius orbis Christiani interpretationem.*

IV. Causa suspicionis allegata probari debet [o]. Gailius *d. O.* 33. *n.* 14. Rebuff. *tit. de recus. judic. art.* 1. *gloss.* 5. Gilken. *d. l.* 1. *num.* 13. Carpz. *d. l. num.* 92.

## Titulus VII. De Causa in Judicium Deducta.

Summaria.

Aphor. I. *Judicium* 1. *aliud est Ecclesiasticum, aliud seculare; & hoc vel civile, vel criminale:* II. 2. *Aliud reale, aliud personale.* III. *Illud reale aut est petitorium, aut possessorium:* IV. *Hoc iterum aut ordinarium, aut summarium.*

*m*) Regulariter nempe collegium recusari non potest, cum vix casus existat, ut causa ventilanda singulos suspectos reddat; Sic vero, cum jurisdictio cum toto Collegio communicetur, causa decidi possit, etsi suspectus a decernendo abstineat arg. *L. VII.* §. *II. quod cujusque univers.* Zanger. *de Exception. P. II. cap. IV. n.* 17. Carpzov. *Lib. II. Resp. XI. n.* 21. Verum enim vero id indistincte defendere non possumus, quod integro Collegio exceptio recusationis opponi nequeat. Quid enim, si maxima pars suspecta sit, & reliqui dijudicandæ causæ impares sint? Quid si unius auctoritas præponderet? Mevius *P. I. Decis. XCIV.* Quid si causa ipsa ita comparata sit, ut contra singula membra suspicio de partium studio oriatur? Quale exemplum contigit olim, cum Camera Spirensis, cujus Assessores omnis Pontificiæ religioni erant addicti, jus decidendi causam Protestantium sibi assereret. add. Strauch *in Exerc. exoter. ultim.*

*n*) In genere consultum est, ut exceptione recusationis parce utamur, nec facile de avocanda causa a judice ordinario cogitemus. Ista enim exceptio intempestive opposita, maxima incommoda parit. Potest Judex alias æquus nunc adversarius fieri, & excipienti se in aliis causis inimicum ostendere. Potest excipiens, si causam recusationis probare nequit, actionem injuriarum in se provocare. Potest judex superior querelam de suspecto judice vilipendere, eique causam cum ingenti excipientis damno pertractandam relinquere. Præstat igitur id capere consilii, quod *L. IX. D. de suspect. tutor.* suppeditat, & ut famæ judicis parcamus, adjunctionem Commissarii petere.

*o*) Quam sæpius difficilem tamen, & semper periculosam probationem evitabit ille, qui in juramento perhorrescentiæ refugium quærit, in *cap. II. de Rescript. in 6to* fundatum, vi cujus asserit, se non credere judicem ordinarium æquum in hac causa judicem futurum. Quod enim nonnulli putant, nec ad hoc juramentum

I. Causa, quæ in judicium deducitur vel est Ecclesiastica *r*, vel secularis; hæc vel est civilis, vel criminalis. Unde judicium in civile & criminale distinguitur.

II. Porro ratione causæ distinguitur judicium in reale, quo actione ex jure in re descendente persequimur rem nostram a quocunque possessore, & personale, quod ex jure ad rem, seu obligatione instituitur adversus personam, quæ ex facto suo ad quid præstandum est obstricta. *l.25. ff. de O. & A.* Aliquando hæc duo concurrunt, & simul ipsa res petitur, & præstationes personales exiguntur. §.20. *Inst. de act.*

III. Reale judicium iterum vel est petitorium, quo proprietas rei vel juris in re petitur, vel possessorium, quod intenditur de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda.

IV. Hoc possessorium iterum dividitur in ordinarium & summarium, seu summariissimum. Illud dicitur, quo, ordinario juris processu observato, super possessione agitur: hoc appellatur, quo summarie causa possessionis cognoscitur, &, quis interim possidere debeat, dirimitur, reservata ulteriori discussione ad judicium ordinarium. vid. Lud. Posth. *tract. de summar. possess.* Andr. Clud. *in teb. quot. c.1.* add. Decis. Elect. *noviss.* 13.

## Titulus VIII. DE FORMA PROCEDENDI SEU IPSO ORDINE PROCEDENDI IN JUDICIO.

### S u m m a r i a.

Aphor. I. *Processus descriptio;* II. *Divisio.* III. *Modus procedendi ordinarius. Judicium primæ & secundæ instantiæ. Aliud est absolvere ab instantia, aliud ab actione.* IV. *Quæ præcedunt, sunt vel substantialia judicii nimirum I. supplicatio; II. citatio;* L.2. ff. t.4. de in jus vocando. V. *Hujus divisio.* VI. *Aliquando decernuntur mandata;* VII. *Vel in curiis Saxonicis inhibitiones.* VIII. *III. libellus; ejus divisio.* IX. *Aliquando reus contra actorem instituit reconventionem.* X. *Vel accidentalia, nimirum I. contumacia, ejusque accusatio.* XI. 2. *Dilatio;* L.2. ff. t.12. de fer. & dilat. & div. temp. XII. 3. *Satisdatio seu cautio.* L.2. ff. t.8. qui satisdare cogantur. vel jur. promitt. vel suæ promiss. commit. XIII. *Guarandæ præstatio.* L.46. ff. t.7. judicatum solvi, *Cautio de rato.* L.46. ff. t.8. Ratam. rem haberi, & de ratihabit. XIV. 4. *exceptiones dilatoriæ. Exceptionis descriptio,*

quem posse admitti, non probata causa suspicionis, id omnino falsum est, cum certe evitandæ probationis & conservandæ famæ judicis causa juramentum sit introductum. Nec recte rationes fobducunt, qui cum Mevio *P. VI. Decis. LXXI. n.4.* reum quidem, non vero actorem ad illud jusjurandum admittunt, cum nulla diversitatis sufficiens ratio appareat, eademque ratione, qua reus, & actor gravari possit.

*p*) Quae generatim ea dicitur, quam ex suffragio Pontificiorum Ecclesia repræsentativa, sive Clerus, vel, ut ad principia Protestantium definitio magis accommodetur, quam Princeps a cognitione judicis ordinarii exemtam, & a judice Ecclesiastico decidendam esse jussit. Idque in se spectatum tolerari potest, cum a Principis arbitrio unice dependeat, quem cujusque causæ judicem velit. Illi vero, qui judiciorum Ecclesiasticorum constitutionem ex necessitate quadam derivant, cum Pontificiis errant, cum ficta illa Respublica Ecclesiastica indoli Ecclesiæ repugnet, & Ecclesia magis, ut collegium æquale in Republica consideranda sit, quod in externis directionem superioris æque ac aliud Collegium, quod secularem finem habet propositum, agnoscere debet. Reliquas distinctiones causæ in judicium deductæ vel ideo silentio lubens prætereo, quia de natura & indole actionum realium, personalium, & possessoriarum, quæ vel summarie vel ordinarie pertractantur, alibi jam diximus.

*divisio.*

*divisio*. L.44. ff. t.1. de except. præscript. & præjud. *Dilatoriæ ratione judicis:* XV. *Ratione personarum litigantium.* XVI. *Ratione modi procedendi:* XVII. *Ratione loci, temporis &c.* XVIII. *Ratione ipsius causæ in judicium deductæ.* XIX. *Dilatoria regulariter ante lit. cont. sunt opponendæ, exceptis iis, quæ ipsam causam concernunt; item excipiuntur alii casus.*

I. FORMA judicii consistit in processu: qui est modus legitimus q), in judicio circa causam in id deductam, a judice & partibus, vitandæ confusionis gratia observandus. *c.1. de sent. & re jud. in 6.*

II. EST autem processus alius civilis, alius criminalis. Processus civilis distinguitur hodie in ordinarium seu summarium, item executivum.

III. IN modo procedendi ordinario hodierno consideranda 1.) veniunt illa, quæ judicium præcedunt, 2.) quæ in ipso judicio fiunt 3.) quæ judicium hoc finitum sequuntur: & quidem considerabimus 1.) judicium primæ instantiæ, cui opponitur judicium secundæ, vel appellationis instantiæ. Dicitur vero instantia ab insistendo r), h. e. urgendo, & nihil aliud denotat, quam fervorem judicii, quod exercetur ob controversiam motam, Germanicæ *ein Gerichtsstand*. Notabis etiam, differre inter se absolutionem ab instantia, & absolutionem ab actione: per illam namque petitio actoris nondum est exclusa omnino, sed potest denuo agere, refusis modo expensis; hæc vero ab ipsa causa reum absolvit. add. CARPZ. *in Jurispr. Rom. Saxon. p.1. c.3. d.16. n.3. & seqq.* add. SPEIDEL. *in notab. voc. Instantia.*

q) OMNIS causæ controversæ disceptatio ad certam regulam a lege præscriptam est accommodanda, nec judici licet, recente lege, aliam substituere, nec parti integrum est, invita altera parte, a regula recedere. Generatim vero cum ordo naturalis, quem supra jam exposuimus, tum ordo legalis, qui in solemnitate a lege superaddita consistit, præcise servandus est. Lex ipsa vero aliquando permittit, ut ob causæ qualitatem judex regulam vilipendere & ex arbitrio magis prudenti litem decidere possit, modo quæ ad esse disceptationis pertinent, non omittat. Hoc vero nomine processus dividitur in regularem & irregularem. Ipse vero regularis ex legis dispositione varius est. Vel enim judex & pars stricte inhærere debent omnibus solennitatibus, quod, quousque lex aliam regulam non substituit, semper fit, isque processus ordinarius vocatur, vel lex permittit, ut celerius & remissis solennitatibus procedi possit. Idque fit, vel ita, ut, observato solum ordine naturali, causæ disceptatio instituatur, qui summarius vocatur processus, vel ita, ut & ordo naturalis invertatur, qui executivus processus dicitur. Parit autem processum executivum partis adversæ scripta confessio, vel aliud instrumentum, ex quo omnia capita libelli statim liquida fieri possunt. Summarius vero processus a privilegio causæ dependet, quod vel ex mera principis gratia proficiscitur, vel rationem habet, ne causæ discussio, per observationem solennium diutius dilata, vel parti vel Reipublicæ insigne detrimentum afferat.

r) IMO dixeris potius, instantiam vel sumi in sensu Grammatico, vel in sensu Juridico. Ibi hoc denotatur, quando quis insistit & urget, ut processus secundum ordinem præscriptum finiatur, eamque ob causam, quæ suarum partium sunt, expedit, quæque permittente lege adhibere potest media, adhibet. Hic instantia est, quando quis a judice causæ gravatus per sententiam apud judicem superiorem gravamine illato conqueritur, eumque implorat, ut causa denuo cognita gravamen corrigat. Igitur, quousque judex ordinarius de causa cognoscit, etiamsi per remedia suspensiva de gravamine corrigendo simus solliciti, nova instantia in sensu Juridico non adest. Et errant ideo, qui, dum leuterationis vel supplicationis remedio utuntur, se in nova instantia versari credunt. In eodem sensu Grammatico sumitur instantia, quando reus ob contumaciam actoris urget, ut ab instantia absolvatur. Hoc ipso enim id agitur, ut actor prius litis continuationem coram eodem judice non possit urgere, quam præstiterit expensas, quibus contumacia sua causam dedit.

IV. QUAE praecedunt judicium, vel substantialia sunt, vel accidentalia [s]: Ad substantialia pertinet I. supplicatio, qua scilicet impetratur citatio, Germ. *das Klagschreiben* [t], cujus requisita sunt 1. ut, praemissa judicis honorifica compellatione, nomina & cognomina supplicantium, ut & reorum seu citandorum exprimantur; 2. exponatur seu allegetur jus, & 3. factum, ejusmodi juri contrarium, a parte adversa adsertum & 4. annectatur congruens facto, juri & causae petitio, nobili judicis officio desuper implorato [u]: add. SCHWANM. *l. 1. proc. Cam. c. 1. num. 12.* & FRIDER. *in Proc. P. 1. c. 2.* II. citatio decreta a judice [x], quae in his consistit. 1. in conceptione, in qua

s) SUBSTANTIALIA sunt, quae in omni processu regulariter adsunt, & efficiunt, ut processus subsistere possit, nec ideo citra vitium nullitatis abesse possunt. Et eatenus quidem, quatenus natura rei controversae ea adhibere jubet, in omni processu adesse debent, quatenus a lege formam certam acceperunt, in processu ordinario minimum observanda sunt. Accidentalia vero dicuntur, quae non praecise adsunt, sed aliquando processui admiscentur, ejusque ordinem interrumpunt, vel in longius extendunt.

t) SED cave existimes, supplicationem & libellum Sinonyma esse. Supplicatio enim in se spectata est schedula, quam cum libello actor judici porrigit, & in qua petit, ut judex per citationem processum aperiat, atque reo, quod secundum naturam causae in judicium deductae expediendum est, in certo termino faciendum injungat. Et eatenus supplicatio neque de substantia processus est, neque allegatione juris & facti, atri contrarii absolvitur. Sed hoc ultimum primaria magis pars libelli est, cum supplicatione exhiberi. Qui tamen & absque supplicatione peculiari subsistit. Sic vero integrum est actori, velitne supplicationem & libellum separare, an unum alteri admiscere. Hoc vero, si fit, libello, postquam facti enarratio praecessit, duplex petitum additur. Alterum, quod terminum praefigendum respicit, quodque actor, si velit, per supplicationem separatim proponere potest, alterum, quod ad litem ipsam in judicium deductam & eo dirigitur, ut judex reum in id, quod praestare vel facere deneget, condemnet.

u) SED, nec haec imploratio proprie ad supplicationem, sed ad ipsum libellum spectat. Caeterum hac imploratione id efficere studet actor, ut, si quae omissa petere ulterius potuisset, judex ex officio suppleat, & praeterea, si quae libellus haberet vitia, condonet, & libellum nihilosecius recipiat. Et prior quidem effectus non facile est denegandus clausulae isti, quam vocant, salutari, quamvis judex etiam non imploratus officium nobile impertire, atque errantem in rectam viam deducere, adeoque & fructus, damna, expensas, usuras, quarum mentionem non fecit actor, adjudicare deberet. Quod autem ad vitia libelli attinet, quae, quam varia sint, vide in BASTINELLERI *Differt. de vitiis libelli*, vix iste, ut vulgo putant, effectus clausulae est, ut defectum libelli formalem, obscuritatem vel contrarietatem sanet, sed ea tantum vitia sanabit, quae in accidentalibus occurrunt. Quamvis, quia judex aequus & haec non imploratus facile condonabit, merito clausulam ipsam eo nomine superfluam dixeris, vid. STRYK. *Differt. de clausula salutari libellorum*. De reliquis clausulis, quae libello admisceri solent, vide LUDOVICI *Einl. zum Civil-Process. cap. IX. §. XXVIII. seqq.*

x) HODIE nempe citatio, quae olim apud Romanos privata in jus vocatione & obtorto collo peragebatur, publica auctoritate facienda, nec nisi a judice, eo nomine implorato, emittenda est. Cessat enim specialis illa ratio, quae Romanos invitos ex domo sua vel ex alio loco, cui ob cultum Deorum reverentia habenda erat, evocare prohibebat *L. XV. de in jus vocand.* SCHILTER. *Exerc. VII. th. VII.* Et quia haec ratione, quae publice & magistratus auctoritate fit citatio, nihil ignominiae & violentiae secum habet, non opus est, ut eam, quam ex hoc principio Romani prohibitam judicabant personarum, quibus reverentia debebatur, in jus vocationem absque veniae impetratione *L. IV. seqq. L. XIII. D. & L. III. C. Eod.* nostra aetate quoque inter illicitas referamus. Interim, ut judex demum imploratus, & ad instantiam partis, non vero ex officio citationem decernat, omnino necesse est, GAIL. *Lib. I. Obs. L.* eaque ipsa ita ad formam processus pertinet, ut in nulla causa, etiamsi vel maxime privilegiata, notoria, vel etiam reus praesens sit, citra vitium nullitatis omitti possit. CLEMENT. *Saepe de Verbor. signif. L. L.*

nimirum exprimatur nomen tum judicis necesse est, tum partium litigantium, actoris & rei, item causa (quæ ut melius cognoscatur, exemplar supplicationis, additis, præsertim in processu executivo documentis, communicatur reo) locus & dies [y]. 2. in executione, quæ expeditur commissione judicis, insinuatione citationis, & relatione nuntii de insinuata citatione [z].

V. DIVIDITUR citatio in privatam & publicam: illa iterum vel est verbalis, vel realis. Et quidem ista regulariter obtinet, & aphorismo præcedenti est descripta: hæc vero, realis nimirum, fit per capturam, vel etiam arrestum, & regulariter in civilibus non adhibetur [a]. Publica est, quæ fit per edictum, foribus templorum & curiarum affixum, vel etiam ex suggestu publice prælectum; & quidem hodierno usu in tribus distinctis territoriis fieri solet. Locum vero non habet, si ad domum solitæ habitationis fieri possit, nisi specialibus solum casibus [b], nimirum 1.) si quis per se, vel per alios quoquo modo efficiat, ne citatio ad se pervenire possit; 2.) quando locus, ubi quis citari debet, non est tutus; 3.) si citandus sit vagabundus, quo casu affigi debet edictum citatorium in illa civitate, eove in loco, ubi solitus alias vagabundus conversari; 4.) si contradictor sit incertus, & citentur omnes in genere, quorum interest: e. gr. creditores defuncti, si in diversis locis habitent, & incerti sint, possunt citari per

*pr. D. de edend.* STRUV. *Exerc. V. th. X.* cum is generatim citationis sit finis, ut reus non nisi præparatus ad judicium veniat, sufficiensque spatium consequatur deliberandi, utrum cedere, an contendere velit.

*y*) OMNIA hæc requisita rationem habent necessariam. Interest enim citati, ut sciat, an judex sit competens, an contra se actio instituta, quis sit ille, cum quo judicium suscipere debet, & utrum standi personam habeat in judicio. Nec præparatus venire potest, nisi causa innotescat, nec de actu expediendo cogitare, nisi eum judex exprimat. Scire etiam debet, an locus, ubi comparendum est, sit tutus & honestus. Terminum ipsum comparitionis juridicum & congruum esse jubent leges, præcaventque, ne ob augustiam termini justa reo oriatur querendi causa. Cæterum si judex ordinarius citat, nomen officii & expressio loci generalis sufficit. Delegatus vero nomen proprium & locum speciale exprimere debet. Causa vero citationis ita exprimitur, ut vel libellus aut schedula ab eo, qui terminum impetrat, exhibita, cum reliquis adjunctis, reo communicetur in copia, vel per compendium, quid contineat, citationi inseratur.

*z*) IPSA insinuatio, ut necessario fieri debeat, cum alias citatio effectum habere non possit, ita procul dubio iis facienda sigillatim, quibus comparitio injungitur, & quidem regulariter ipsi citando in faciem, loco & tempore convenienti per personam, cui fides haberi potest. Si vero universitas citanda veniat, sufficit iis insinuationem fieri, qui eam repræsentant. Si singulos concernat, ii vero copiam sui non faciant, in subsidium fieri potest ad domum vel ita, ut domesticis, qui in convictu citati sunt, & sub eo tanquam communi familiæ capite vivunt, tradatur, vel ita, ut, si nec hi accepient citationem, in conspectu eorum reponatur, aut denique quando & hoc faciendi occasio deficit, valvis ædium affigatur. Quia vero & judicis & partis interest, ut de rite & legitime facta insinuatione non supersit dubium, merito ejus peragendæ causa adhibetur persona, quæ jurejurando sese obstrinxit, ut insinuationes absque fraude & fideliter curare & de eadem ipsa ad Acta referre velit. Hujus enim relationi tum fides habetur *L. V. de exact. tribut.* quatenus ea continet, quæ ad officii sui partes spectant.

*a*) NISI quis pacto vel expresso vel tacito, quod v. c. fit in negotio cambiali, ad incarcerationem se obligaverit, vel suspectum se fecerit citandus de fuga. Quod autem in criminalibus adhibeatur, id inde est, quia reus, cui pœna gravior imminet, de fuga semper suspectus est. Quare etiam in criminalibus tum non eligitur, quando metus fugæ cessat.

*b*) QUAE tamen omnes facile ad duas classes revocari possunt, quando insinuatio privata vel impossibilis vel difficilis fit.

edictum & publicam proclamationem, ut compareant coram omnium superiore judice ad eum effectum, ut creditum suum ibi proponant & deducant, vel ad videndum imponi ipsis perpetuum silentium, GAIL. 1. *observ.* 57. *n.*7. 5.) obtinet ratione incertitudinis contra creditores defuncti, ad videndum fieri inventarium juxta formam *l. scimus. ult. Cod. de jur. delib.* denique 6.) in materia diffamationis possunt per edicta citari omnes, qui sua interesse putaverint. GAIL. *d. l. observ.* 9. & late CARZOV. *in proc. tit.* 7. *art.*4. item SPEIDEL. *in notab. voc. Edictal-Citat.* adde etiam de singulari citatione in Camera recepta, proclamate nimirum, SCHWANM. *Lib.* 2. *proc. Cam. c.*72. *num.*11. WEHNER. *in obs. pract. voc. Ruffen.* Præterea hic notandum, si aliquando eveniat, ut citandus quis sit, qui sub alio judice ordinario degit, quod tunc judex ordinarius requirendus sit per literas subsidiales [c], seu mutui compassus, ut vocant, ut sistat reum seu citatum. vid. CARPZ. *d. tit.* 7. *art.*3.

VI. AD supplicationem actoris in Camera aliquando decernuntur mandata, & quidem vel cum, vel sine clausula: quæ in eo differunt, quod in illis subnectatur citatio ad allegandum causas, quare citatus existimet, se non teneri ad paritionem; in hisce vero subjungitur citatio ad docendam paritionem, vel ad audiendum, se in pœnas mandati violati incidisse. vid. PETR. FRIDER. *de mandat. l.*2. *c.*55. Decerni vero mandata cum clausula solent, sicubi supplicans pro se habeat jus commune, SCHWAN. *lib.* 2. *proc. Cam. c.*15. FRIDER. *tr. de interd. comm.*4. & si causa non requirat altiorem indaginem, alias citationes & processus ordinarios judex decernit. Mandata vero sine clausula decernuntur in quatuor casibus generalibus, de quibus *L.*2. ORD. CAM. *tit.* 23. Committitur tamen etiam arbitrio judicis, quibus casibus talia mandata possint decerni. SCHWAN. *in obs. Cam. obs.* 134. & 121.

VII. IN Curiis Saxonicis ad exemplum mandatorum receptæ sunt, potissimum in possessionis materia, inhibitiones, quæ itidem vel cum, vel sine clausula fiunt, prout res exigit. *vid.* ORDIN. CURIAR. PROVINC.

VIII. (III.) LIBELLUS, qui hisce essentialibus absolvitur 1.) causa seu medio concludendi [d]; 2.) facti, quod narratur, vel rei, quæ petitur, speciali significatio-

*c*) QUAE tamen effectum tum demum habent, quando causæ controversæ indoles personæ præsentiam in judicio, in quo lis jure ventilatur, exposcit. An vero jure ventiletur lis, ex competentia judicis dijudicandum est. Ne itaque judex incompetens causam, quæ jurisdictioni suæ exemta est, ad se rapiat, necesse est, ut causa ipsa ex literis subsidialibus appareat. Quare, si judices ex more judiciorum conceptionem citationis non judici requisito relinquunt, sed ipsi præoccupant, citationem ipsam patentem & non obsignatam literis adjungere debent. Rogant vero per literas, ut judex requisitus in subsidium juris insinuationem peragendam curet, & tum de exhibitione citationis, tum de ejus insinuatione testimonium ad Acta remittat. Denique, se in casu simili paria referre velle, addunt. Interim facile patet, hanc requisitionem a judice inferiori & ab eo, qui in requisitum potestatem non exercet, fieri debere. Collegia vero, qui nomine Principis justitiam administrent, subditos ejus provinciæ indistincte immediate citant. add. FRANZK. *Lib. I. Resol XVIII.* BERLICH. *P. I Decis. LIX.* MARTINI *in Proc. Tit. IV. in Rubrica.*

*d*) HAEC ipsa deesse vel ideo nequit, quia in ea fundamentum intentionis unice positum est, dum judicem informat de jure vel ad personam vel ad rem, ex quo actio enascitur, & ex quo reus actori obligatus est, ad præstandum id, quod in litem deducitur. Et in personalibus quidem actionibus sufficit, ut causam proximam, nempe factum obligatorium & conventionem, allegemus. Nec ineptus est libellus actionis realis,

ne [e], nisi sit causa universalis, generalis aut alternativa; & 3.) petitione [f] seu conclusione. Præterea etiam [g] nomen judicis, actoris & rei exprimendum est. Distinguitur libellus in articulatum & simplicem: ille in Camera & jure communi est receptus [h], hic vero in Saxonia.

IX. PORRO sciendum, quod interdum reus conventus, in ipso litis exordio, vicissim coram eodem judice conveniat istum actorem, & dici solet reconventio (*die Wiederklage.*) Atque hæc quidem secundum processum juris communis ordine simultaneo una cum conventione tractatur [i]. vid. SCHWANM. *d. l.* 1. *c.* 69. verum jure Saxonico

in quo actor jus solum in re in genere tanquam causam proximam allegat. Consultum tamen est, ut & causæ remotæ, sive tituli, ex quo jus reale originem traxit, mentionem injiciat, ne si forsan actor in probatione juris in re, quod nude allegavit, deficiat, postea, si ex alio titulo jus in re deducere possit, ipsi exceptio rei judicatæ obstet. Conf. *L. XIV. §. II. D. de except. rei judic.* GAIL. *Lib. I. Obs. LXI.* Interim tamen non opus est, ut actor jus agendi legibus & allegatis fulciat, cum jura & leges jam scire debeat judex. Quodsi tamen jus agendi nitatur in lege singulari, cujus existentia non præsumitur, v. c. in privilegio, consuetudine, statuto, eam non allegare solum, sed & probare debet.

e) HOC est, in facti enarratione sollicite cavere debet, ne in objecto litis obscuritas remaneat. *Sic vero id ipsum ex præscripto L. VI. D. de Rei vindic.* rite designare, ejusque qualitates commemorare debet, ne postea in ipsa adhue executione dubium oriatur. Verum hanc specialem significationem fieri solum posse, quando natura objecti litis eam admittit, per se patet. Sic in causis universalibus, ut hereditatis petitione, generalibus e. g. actione tutelæ, & alternativis v. c. actione stupri vel ex *L. II. C. de rescind. vendit.* neque specifice objectum significare, neque specifice petere possumus.

f) EST vero petitum duplex. Alterum ad modum procedendi pertinet, & judicem, quo ordine processus sit expediendus, instruit. Hoc ad essentiam libelli non pertinet, & ideo etiam separatim in supplicatione, ut diximus, proponi potest. Alterum ex medio concludendi & facti narratione desumitur, &, quem in finem actor conquestus sit, indicat. Idque naturæ institutæ actionis conforme esse debere, per se patet.

g) CUMQUE insuper sæpius consultum sit, ut actor plures actiones in uno libello cumulet, dispiciat ille, ne, dum hoc beneficio utitur, ineptitudo libelli intentioni obsit. Est autem cumulatio vel subjectiva, vel objectiva. Illa plane prohibita est. Nam neque plures, qui non sunt litis consortes, contra unum in uno libello experiri possunt, neque unus plures, qui non sunt correi debendi, una actione convenire potest. Objectiva autem cumulatio contra unum debitorem, qui ex pluribus causis debet, de jure Communi, ut & de jure Saxonico Electorali in infinitum permittitur, quousque ex diverso modo procedendi confusio non est metuenda.

h) SED non est receptus, & potius per RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. *XXXIV.* & *LXIV.* ex justis rationibus, &, ne tempus inutilibus disceptationibus de pertinentia articulorum teratur, prohibitus CARPZ. *P. I. Const. II. Def. I.* STRYCK. *de reject. ab action. cap. II. n.* 53. In criminalibus vero, ubi accusatorie proceditur, eo effectu toleratur, ut reus specifice litem contestetur. Proxime tamen ad libellum articulatum accedere videntur positiones, quibus porrecto libello in foro communi tum utitur actor, si reus negative per omnia ad libellum respondet. Nam his efficere studet, ut ad singulas circumstantias libelli reus respondeat, & ne temere, quæ affirmanda erant, neget, ea vero ratione probationem difficilem reddat, ipse actor libellum in breves positiones redigit, additque juramentum dandorum, a reo vero juramentum respondendorum exigit. Quod satis demonstrat, finem primarium actoris esse, ut se ab onere superflua probandi liberet. Verum plerumque irrito effectu. Reus vero respondens ubique id agere debet, ut officia ejus, qui litem contestatur specifice, impleat. Conf. STRYCK. *Diss. de probatione per interrog. advers. add. c. VI. de juram. calumn.* & CLEMENT. *Sæpe de Verbor. Signif.* BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. V. §. VII. sq.*

i) EST itaque reconventio reciproca actio, contra actorem instituta, eaque & de jure communi & de jure Saxonico effectum habet prorogationis necessariæ jurisdictionis, ut actor præci-

hæc in reconventione sunt singularia 1. quod non in quibuslibet causis obtineat, sed in causis connexis; 2. quod post finitam omnino conventionem demum possit institui, *wann die Conventions-Klage gantzlich durch würckliche Zahlung geendet und erörtert*. Aliquando tamen reus, ad solvendum condemnatus, potest pecuniam in judicio deponere, ac reconventionem instituere, si nimirum, ob probabiles causas se, non calumniæ, seu actoris vexandi gratia depositionem prætendere, deducat, simulque libellum reconventionis offerat. ORDIN. PROCESS *judic. Elector. Saxon. tit.* 6 §. *Es were denn.* CARPZOV. *lib.* 2. *resp. Elect.* 43. Tenetur vero reconventus in judicio; quo alterum convenit, comparere, licet alias forum ejus competens non sit, *wann gleich Kläger, und nunmehro Wiederbeklagter sonsten daselbst zu stehen nicht schuldig wäre. F. S.* HOF-GERICHTS-ORDNUNG. *cap* 23. vid. latius CARPZ. *Tit.* 6. *art.* 3.

X. AD accidentalia spectat 1.) contumacia, quam distinguunt in veram, quando quis ter, vel semel peremtorie citatus, per malitiam latitat: & præsumtam, quando sufficienter citatus emanet, licet absque malitia. Requiritur autem, ut accusetur contumacia[k], *dass die Ungehorsams-Beschuldigung eingebracht werde.* Hodie plerisque in

se & simpliciter forum judicis, coram quo reum convenit, in reconventione tanquam competens agnoscere debeat, modo egerit proprio nomine BRUNNEMANN. *Proc. Civili cap. X. n.* 14. & causa ipsa reconventionis in judicem conventionis sit prorogabilis, idemque ipsam causam cognoscere possit, vid. *L. XXII. D de judic.* CARPZOV. *P. I. Const VII. def. IV.* BRUNNEM. *ad L. XI. de jurisdict. n* 4. Deinde utroque jure & communi & Saxonico Electorali habet effectum simultanei processus, modo reconventio non dependeat ex decisione conventionis *L. X. C. de injur.* & ante litis contestationem in causa conventionis instituatur MEVIUS *P. IV. Decis. CLXVI. P. VI. Decis. LXXXV.* Cæterum in eo discrimen est inter jus Saxonicum & Commune, quod hoc reconventionem indistincte admittat, etiamsi causa nullam cum conventione habeat connexionem MARTINI *in Proc. Tit. VI. §. I. n.* 14. cum illo jure connexitas causæ adesse debeat WERNHER. *P. I. Obs. CCXXXVII.* &, nisi adsit, lis actori in foro competente movenda sit. Præterea & hoc universale est, quod omnibus iis in casibus, ubi reconventio effectum simultanei processus non habet, reus ab actore exigere possit cautionem pro reconventione. Et, licet simultaneo processu expediatur, causa tamen conventionis finita reus a præstatione ejus, quod rei judicatæ inest, se liberare nequit, nisi suadeant circumstantiæ, ut judex eum ad depositionem judicati realem admittat, donec causa etiam reconventionis sit finita.

*k*) TRIPLICIS generis est contumacia, quæ a partibus litigantibus committi potest. Primo contumax est, qui sumtus litis, quos parti adversæ vi rei judicatæ exsolvere debet, postquam ad liquidum perducti sunt, admonitus a judice non solvit. Et hic, quousque solutionem differt, ab Actis repellitur vi *L. XV. C. de judic.* fierique potest, ut ad expediendum actum sub præjudicio citatus causam perdat, cum & indignus sit beneficio restitutionis in integrum *L. XXVI. §. VI. in fin. Ex quib. caus. major. fact.* Deinde contumax est, qui citatus emanet. Denique contumax est, qui comparet quidem, sed citationi morem non gerit in expediendo actu. Utriusque idem est effectus. Nam si citatio dilatoria præcessit, expensas adversario restituit, peremtorie citatus, qualis ille dicitur, de jure communi, cui tertia vice comparitio & actus expeditio injungitur MEVIUS *ad Jus Lubec. P. V. Tit. IV. art. I. n.* 3. alias ille, cui sub certo præjudicio judex comparitionem & expeditionem injunxit, præjudicium illud, quod minatus est judex, incurrit, modo tamen hæc concurrant, I) ut citatio antecedens legitimum spatium contineat, II) totus dies termini præterlapsus sit BERGER. *Elect. Disc. Forens. Tit. IV. Obs. VI. not. I.* Dicitur vero præterlapsus, quando judicis copia amplius haberi nequit III) ut contumacia ab adversario sit accusata, ita quidem, ut doceat ille, citationem rite esse insinuatam, petatque condemnationem in præjudicium, quod citationi inerat GAIL. *Lib. I. Obs. LV. n.* 7. MEVIUS *P. III. Decis: CCXC.* IV) ut sententia sequatur, quæ absentem contumacem declarat RICHTER. *Vol.*

locis tres distinctæ citationes fieri solent. Quodsi ergo actor [l] in primo termino non comparuerit, accusata ejus contumacia reus ab instantia absolvitur, & ad refusionem expensarum actor condemnatur, nec ante auditur, quam expensas refundat, & præterea etiam cautionem tenetur præstare actor de lite prosequenda. Quodsi post litem contestatam actor sit contumax, eadem pœna obtinet, nisi causa jam sufficienter sit ventilata, & de ejus justitia jam constet judici, tunc potest vel pro actore, vel pro reo sententiam ferre. Si reus in primo termino fuerit contumax, & ejus contumacia fuerit accusata, condemnatur in expensas, & citatio denuo decernitur sub pœna contumaciæ. Si in secundo termino iterum non compareat, rursus condemnatur in expensas & citatio decernitur, adjuncta clausula, quod debeat legitima impedimenta allegare: *bey Straffe Ungehorsams biss auf Ehehafften.* Sin vero iterum non comparuerit, nec impedimenta allegaverit, iterum condemnatur in expensas, & decernitur citatio in causis civilibus hac clausula addita: ut sub pœna executionis debeat comparere: *bey Straff Ungehorsams biss auf die Hülfe*, ac insequitur rei nec tunc comparentis condemnatio secundum petita libelli, & executio contra contumacem instituitur. add. CARPZOV. 3. *resp.* 27. *&* 28. *& in processu tit.* 8. *artic.* 3. NICOL *process.* 34. *&* 35.

XI. PORRO accidentale 2.) est dilatio, quæ ultra quartam non solet concedi [m], & impetranda est ex justa causa. Quænam autem sit justa causa, dependet ab arbitrio judicis. vid. *tot. tit. ff. de dilat.*

*II. Conf. CCIX. n.* 2. V) ut absenti desint legitima impedimenta. Sunt autem legitima impedimenta, quando absenti neque dolus neque culpa imputari potest, quod non comparuerit. STRYCK, *Diss. de impediment. legal.* Putant tamen Doctores, fatuam etiam causam a dolo excusare, si absenti præjudicium, ratione totius causæ, immineat. LEYSER. *Spec. XXXIII. med. I.* Quodsi vero constet, quem impeditum fuisse, ne compareret, non nocet illi, etiamsi impedimentis generaliter renunciaverit *L. IV. §. IX. Si quis caution. in judic.*

*l*) NOTA generatim, actoris contumaciam recte coerceri pœna desertæ litis. Consueverunt tamen rei, ut magis ante litis contestationem primo absolutionem ab instantia, deinde absolutionem ab actione petant. In Saxon a Electorali actori vi legis publicæ injungitur prosecutio actionis sub pœna desertæ litis. Rei contumaciam ante Litis Contestationem accusandi modus, quem Auctor allegat, vix usitatus est, nisi in processu super maliriosa desertione instituto, & Processu banni. Melius sibi consulunt actores, qui pœnam confessi & convicti, vel, si executive agunt, pœnam recogniti, vel secundum naturam causæ in judicium deductæ pœnam liquidi, pœnamque præclusi in contumacem decerni curant. Certe in processu ordinario pœnam confessi & convicti meliorem reliquis omnibus habere effectum, docet LEYSER. *Spec. XXXIII. med. VII.* Solent tamen Jure Communi litem magis pro negative contestata habere, quod actorem quidem probatione intentionis onerat, reus vero omnes exceptiones amittit STRYCK. *Introd. ad Prax Forens. cap. VI.* Post litis contestationem vero, sive actor, sive reus contumax sit, alia via incedendum, & sigillatim petitum secundum naturam actus expediendi formandum est.

*m*) DILATIO proprie spatium actibus judicialibus peragendis destinatum denotat *L. III. C de dilat.* Hic significat spatii peragendo actui destinati prorogationem. Sic vero judex tum demum concedere potest dilationem, quando lex terminum non præcise & sub pœna amittendi juris præscripsit *auth. hodie C. de appellation.* Reliquos terminos omnes & judex ex officio & ad instantiam partis prorogare potest. Caveat tamen judex, ne concedat dilationem absque justa causa. Nam ex falsa causa concessa dilatio habetur pro non concessa BERG. *Oec. Jur. L. IV. T. XVII. n.* 8. Solent tamen jure Communi primam dilationem ita concedere, ut fidem petenti & impedimentum alleganti simpliciter habeant. Alteram non nisi prævia impedimenti demonstratione sum-

XII. SEQUITUR 3.) satisdatio seu cautio. Est autem satisdatio in genere [n] præstatio securitatis, nomine eorum, quæ occasione judicii in dubium vocantur, *l.* 1. *ff. qui satisd. cog.* Sunt vero tres species cautionis, nimirum 1. quæ fit per nudam promissionem [o], ad quam permittuntur illi, qui bona immobilia possident. vid. *l.* 15. *ff. d. t. q. satisd. cog.* 2. satisdatio per fidejussores, vel etiam hodie per depositionem pignorum [p], 3. promissio juratoria, quæ locum habet [q], si quis nec pignoribus nec fidejussoribus possit cautionem præstare, & debet jurare 1. se credere non potuisse invenire

maria, tertiam & quartam demum, cum solennitate legali, id est, cum causæ cognitione & præstito prius juramento calumniæ concedunt. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. VIII.* In Saxonia Electorali tres dilationes solum permittuntur, ita, ut, & qui prima vice eam petit, impedimentum demonstrare, sin secunda vice, solennitas legalis accedere debeat. Quod vero minores attinet, eosque, qui horum exemplo restitutione in integrum gaudent, iis prætcrea ultra consuetum numerum adhuc una dilatio concedi solet. Caveat porro judex, ne dilationes nimis multiplicentur. Concedat igitur, si circumstantiæ suadeant, sub pœna præclusi. Minetur iis, qui restitutione in integrum utuntur, amissionem beneficii. Curet deinde, qui dilationem petiit, ut judex tempestive testimonium de concessa dilatione exhibeat, vel ad Acta scribat, antequam spatium præterlabatur. Quamvis enim tum minimum, si expresse non denegetur, tacite concessa videatur, quando judex literas petitorias Actis inserit MEVIUS *P. V. Decis. CLXI.* ob dissensum tamen Dd. consultum est, de testimonio sibi prospicere. Plane in Saxonia Electorali illo in casu dilatio neque pro concessa, neque pro denegata habetur, sed res omnis arbitrio judicis relinquitur. Expresse tamen concessa dilatio, nisi judex aliter mentem declaraverit, finito demum priori spatio currere incipit WERNHER. *P. VIII. Obs. CCCX.*

*n*) VEL potius, cum & satisdatio negotiis extrajudicialibus sæpius interveniat, eadem illa dici meretur assecuratio, per quam personam, cum qua negotium vel judiciale vel extrajudiciale celebramus, de validitate negotii securam reddimos.

*o*) QUAE tamen a possessoribus bonorum immobilium secundum Praxin hodiernam nequidem exigitur. Dicitur autem possessor, qui per integrum illud tempus, quo lis tractatur, bona immobilia, vel naturaliter, vel juris intellectu talia, aut jura in re immobili competentia sub judice causæ controversæ jure dominii possidet. Nam quamvis jure Civili sufficiat, tempore coeptæ litis possessorem esse, hodie tamen, qui durante lite possessor esse desinit, cavere debet vid. LUDOVICI *Diss. de eo, qui post Lit. Contest. bona immobil. possidere desiit.* Deinde jura sufficiunt, sive actiones ad rem immobilem, quando ex dominio fluunt, actoris jus liquidum, nec tamen actio illa ipsa sit, de qua jam lis ventilatur LAUTERBACH *Colleg. Theor. Pract. tit. Qui satisd. cog. §. XVII.* Porro, ut sub judice causæ quis sit possessionatus, ideo requiritur, quia alias securitatem vix habet adversarius. Denique cum jure dominii possidere debeat, non sufficit possessio ususfructus, non spes bona immobilia consequendi, non actio personalis. Nil vero possessioni nocet, etiamsi possessor ebæratus sit add. LAUTERBACH. *Resolut. L. X V. D. qui satisd. cogunt.*

*p*) QUAE olim in lite incertæ æstimationis apud Romanos locum vel ideo non habebant, quia certam pignora recipiebant æstimationem. Non itaque simpliciter cautionem pignoratitiam rejiciebant, sed in lite certæ quantitatis, imo & volente parte adversa, in reliquis omnibus admittebant *L. LXI. de verbor. signif.* Cæterum hodie cautio fidejussoria & pignoratitia semper pari passu ambulant, nec distinctioni inter literam certam & incertam locus est, cum cautio ipsa ad incertam summam hodie judicialibus fere incognita sit MEVIUS *P. III. Decision. CCLVI. n.* 5.

*q*) EST itaque hæc cautio subsidiaria, & vel ideo in judiciis admittenda, ne quis ob penuriam a limine judicii repulsus jus suum indefensum relinquere debeat. Quare & actor & reus ad eam admittitur. BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. VIII. n.* 14. qui recte monet, præcise haud requiri, ut integerrimæ vitæ sit. Ut tamen suspicio perjurii eum non premat, & præterea ipsa causa ita comparata sit, ut de fuga periculum cesset, ipse cautionis finis exigit.

fide-

fidejussores idoneos, 2. se facturum ea, quæ ipsi incumbunt. vid. Carpzov. *p. 1. C. 5. d. 9.*

XIII. Tenetur vero actor secundum hodiernum usum, si nimirum in loco, ubi habitat, non habet bona immobilia, cavere fidejussoribus, vel etiam depositione pignoris, pro reconventione & expensis [r]. add. Berlich *p. 1. pract. Conclus.* 20. Insuper jure Saxonico actor guarandæ nomine [s] cavere debet, nimirum nuda stipulatione: (*Muß die Gewehr angeloben.*) Reum quod attinet, de jure civili tenetur satisdare de judicio sisti, si nimirum bona immobilia ibi non habeat. Carpzov. *p. 1. C. 5. d. 39.* Item si procuratorem constituat, debet etiam satisdare judicatum solvi, sive quod velit solvere judicatum. §. 4. *I. de satisdat.* cujusmodi cautio seu satisdatio solet inseri mandatis. In foro vero Saxonico cautio a reo exigi non solet [t]. Carpzov. *d. l. d. 30. n. 4.* Cæterum procurator actori, si de ejus mandato constet, quod actis sit insinuatum, de rato non cavet, & si defectus quidam sit in mandato, vel dubium quoddam occurrat, an negotium ipsi sit mandatum, item si persona conjuncta absque mandato agat, cautio de rato præstari solet, qua nimirum procurator actoris promittit, dominum ratum habiturum, quod ipse gessit, & deinde tenetur adhuc actis mandatum insinuare. Similiter & rei procurator ejusmodi casibus cavet de rato. Würms. *L. 1. obs. for. tit. 10. obs. 3.*

XIV. Deinde 4.) præcedunt & judicium exceptiones, cumprimis dilatoriæ. Est vero exceptio exclusio ejus [u], quod ab actore intenditur. Dividitur in dilatoriam & peremtoriam, de qua *Tit. X. h. l.* Dilatoria vero pertinet [x] vel ad judicium ipsum,

r) Quando nempe causa reconventionis a judice conventionis tractari, nec tamen ante finitam conventionem institui potest. Ubi enim reconventio effectum simultanei processus habet, cessat cautio pro reconventione. At pro expensis cautio in omnibus causis, si a possessorio summariissimo & cambiali causa discesseris, præstanda est, cum in omni causa rei intersit, ut securitatem habeat.

s) Nominant autem guarandam securitatem interveniente stipulatione reo ab actore præstitam, quod actor actionis institutæ evictionem recipere, eoque ipso reum, si alius ob idem litis objectum contra eum experiretur, indemnem servare, nec libellum mutare velit. Habetque præterea eum effectum, ut actor post guarandæ præstationem non possit amplius juramentum deferre. In causis tamen executivis, imo ex more judiciorum aliquando in causis summariis cessat, & in Saxonia Electorali per Ordinat. Proc. Recognit. plane abrogata est.

t) Nec exigitur in causa civili, etiam de jure Communi, nisi reus de fuga sit suspectus. Indeque in causa criminali, quia hæc suspicio semper adest, locum etiam habet cautio a reo præstanda, quando delictum non est ejusdem generis, ut nec præstita cautione suspicio fugæ cesset, quod fit in delictis, quæ pœnam corporis afflictivam vel capitalem merentur. Præterea causa civilis tum quoque cautionem exigit, quando reus de dilapidatione bonorum suspectus sit. Et eatenus inter Jus Civile & Saxonicum nulla est differentia. Cessat enim hodie etiam cautio judicatum solvi, si reus procuratorem constituerit, quia est ex ficto dominio litis, quod procuratori olim tribuebant Romani principio assueti, tertium per tertium obligari & acquirere non posse.

u) Est igitur exceptio probe discernenda a litis Contestatione negativa. Nam in hac reus actoris intentionem simpliciter negat, & onus probandi in actorem transfert, in hac aliquid in esse ponit, & contrarium actoris intentioni affirmat. Sic vero & ipse de probatione exceptionis cogitare debet, minimum in eventum, si actor intentionem forsan probet.

x) Generatim dilatoria exceptio dicitur, quæ litem differt, vel potius, quæ intendit, ut prius judicii convalidandi causa aliquid removeatur vel præstetur, quam litem reus cum actore suscipiat. Ut sic fere omnes exceptiones eo tendant, ut judicium stabile sit, & reus secure cum actore agere possit. Sunt vero generatim

vel causam in judicium deductam. Judicium quæ respiciunt exceptiones, concernunt vel ejus intrinseca, scilicet I. personas id constituentes, nimirum judicem, respectu cujus opponitur 1.) exceptio fori incompetentis, *l. pen. ff. & ult. C. de judic.* 2.) exceptio primæ instantiæ, vide *tit. 5. h. l. aph. ult.* 3.) præventionis, quando nimirum quis citatur ad judicem super ista lite, quæ jam coram alio cœpta. *l. 7. ff. de judic.* Dicitur lis præventa (stricte loquendo) tum respectu judicis, cum quo alius concurrentem habet jurisdictionem, vel cum reus in diversis foris v. gr. *domicilii*, *rei sitæ*, *delicti* conveniri potest; MONACH. *pract. jud. p. 2. tit. de prævention. cap. 4. num. 3.* tum respectu rei, quem actor in hoc judicio prævenit, ut ille non possit ad aliud forum provocare, confer *l. 19. pr. ff. de jurisdict.* HILLIG. ad DONELL. *l. 17. c. 18. lit. c.* 4.) litis pendentis, qua potissimum reus utitur, ne alio rursus judicio conveniatur; *l. 30. ff. de judic.* add. HILLIG. *d. l.* 5.) judicis suspecti, vid. ZANGER. *tr. de except. p. 2. c. 4.* 6.) inhabilitatis *cap. 1. X. de except.* ZANGER. *de except. c. 4. n. 27.*

XV. DENIQUE personas litigantes concernunt, easque vel principales, ut olim erat respectu actoris exceptio non impetratæ veniæ, quæ tamen hodie non obtinet; respectu rei exceptio revocandi domum, *l. 2. §. 3. ff. de judic. c. ult. X. de for. comp.* respectu utriusque exceptio cautionis, inhabilitatis, contumaciæ, justi impedimenti: vid. ZANG. *d. tr. p. 2. c. 8.* vel earum procuratores, ut est exceptio illegitimationis. *§. fin. I. de except.* ZANGER. *dict. l. cap. 8.*

XVI. II. MODUM procedendi, ut exceptio inepti libelli, seu generalis & obscuri, ZANGER. *d. tr. cap. 14.* sub & obreptionis, IDEM *c. 16.* ineptæ cumulationis. *c. 19.*

XVII. VEL sunt de extrinsecis judicii circumstantiis, ut loci non tuti, aut temporis angusti, item feriarum. ZANG. *p. 2. c. 5. 6. & seqq.*

XVIII. IPSAM causam in judicium deductam concernunt exceptio plus petitionis §. 10. *Instit. de except.* §. 33. *de action.* exceptio pacti de non petendo intra certum tempus *d.* §. 10. *de except.* item exceptio moratoria, *Quinquennel*, qua debitores rescripto Imperatoris aut Principis ad certum tempus contra creditores se defendunt. *l. 2. C. de prec. Imper. offer.* denique exceptio spolii, quam spoliatus opponit isti, qui contra eum actionem instituit, & ante spoliavit, ut ante omnia restituatur, quæ exceptio est probanda intra 15. dies. *c. 1. de rest. spol. in 6.* add. CARPZOV. *in proc. tit 9. artic. 6. n. 2.* pertinet etiam huc exceptio excussionis, item laudationis. ZANGER. *d. l. P. 2. c. 2.*

quadruplicis generis. Nam iis id agimus, I) ut vitium detegamus, quod in persona litigante vel principali vel minus principali adest, & infirmum reddere potest judicium, II) ut non nisi coram judice, qui habilis est, & causam præsentem in litem deductam cognoscere potest, judicium suscipiamus. III) ut actor securos nos præstet de lite continuanda, & evictione litis calumniosæ suscipienda IV) ut fundamentum totius litis ipsum libellum examinemus, ne ejus defectus confusionem pariat. In harum itaque oppositione ordinem certum esse servandum, res ipsa docet add. FRIESE *Diss. de ordine opponend. exceptionum.* Sigillatim I) omnes dilatoriæ exceptiones sub pœna præclusi sunt opponendæ simul II) & quidem ante litis contestationem, ita, ut III) eventualis minimum litis contestatio addatur vid. RECESS. IMPER. *de anno 1654.* Secundi membri limitationem collige ex Aphor. XVIII. seqq. Tertium membrum limitationem patitur, quando natura exceptionis ita comparata est, ut ea salva litis contestatio fieri nequeat v. c. judicis incompetentis, præventionis &c.

XIX. Hae dilatoriæ exceptiones regulariter ante litis ingressum & Litis contestationem sunt opponendæ & probandæ: *l. pen. & ult. C. de except.* illæ vero dilatoriæ, quæ ipsam causam concernunt, etiam post Litis contestationem probari queunt. *l.* 19. *C de probat.* Præterea sunt casus, quibus dilatoriæ etiam post Litis contestationem opponuntur, nimirum 1.) si post Litis contestationem demum cœperint, vel ad notitiam rei pervenerint *c.* 4 *x. de except.* aut si gravamen successivum concernant, aut reddant judicium retro nullum. vid. Carpzov. *in proc. tit.* 9. *art.* 1. *n.* 38. *&* 39. conf. Coler. ad *c.* 2. *de except. n.* 1. Carpzov. *p.* 1. *C.* 3. *d.* 17. *n.* 6. *&* 9. Licet vero jure communi plures exceptiones, etiam diversas, successive opponere: *l.* 5. *l.* 8. *ff. de except.* ast secundum mores plurimorum locorum exceptiones dilatoriæ omnes simul opponi debent. Carpzov. *d. loc. art.* 1. *n.* 12. *& art.* 7. *n.* 12.

## Titulus IX. De Iis, Quae Fiunt In Judicio.

S u m m a r i a.

Aphor. I. *Quæ fiunt in judicio sunt itidem substantialia, vel accidentalia. Ad illa pertinet I.) Litis contestatio:* II. *Quæ dividitur in affirmativam & negativam;* III. *Item in generalem & specialem.* IV. *Sec. jus commune exhibentur positiones.* V. *Reus aliquando pro parte affirmative, pro parte negative respondet.*

I. In ipso judicio quæ fiunt, itidem vel substantialia sunt, vel accidentalia. Illiusmodi est litis contestatio, *die Krieges Befestigung*, quæ consistit in actoris narratione, & rei responsione y). *l. un. C. de Lit. Cont. l.* 14. §. 1. *C. de judic. c. un. x. de lit. cont.*

II. Dividitur a parte rei in negativam, qua scilicet reus intentionem actoris

y) Vel potius est repetitio facti narrationis, ab actore in libello peractæ, subjecta responsione rei, quæ, quid ex illa narratione pro vero, quid pro falso habeat, continet. Ad petitum & conclusionem ut fiat, non est necesse. Carpzov. *P. I. Const. X. Def. XXI.* Distincta itaque est ab exceptione, *c. II. de Lit. Contest. in 6to.* & in omni processu fieri debet, Ummius *ad Proc. Disp XII. n.* 13. cum ex ea demum cognoscat judex, an lis vera sit inter actorem & reum, & quonam in capite invicem conveniant vel dissentiant, quid demum probatione indigeat, & quis eam suscipere debeat. Natura igitur rei docet, ut Litis Contestatio debeat esse I) Libello adæquata. Neque enim fert appendices, captiosas conjunctiones, vel divisiones, exceptionum intermixtionem. II) Categorica & perspicua, ut vel affirmet vel neget, non vero dubia contineat verba. Ad facta tamen aliena, ut quis nesciendo respondere possit, ideo permittitur, quia facti alieni probabilis est ignorantia *L. XIX. D. de jur. & fact. ignor.* III) Specialis & ad singula libelli capita directa, non de jure solum Saxonico, sed etiam de jure Imperii Recess. Imper. *de anno* 1654. *§. XXXVII.* Fert tamen corrupta Praxis insigni litigantium damno litis contestationem generalem per formulam: nego narrata, prout narrantur, & petita, prout petuntur. Quæ, cum causam parum instruat, actorem plerumque, quo superfluam probationem evitet, cogit, ut in positionibus refugium quærat. Interim in summario processu iis specialiter facta censetur, quando reus directo ad libelli capita respondet, utut non præcise ordinem libelli servet. IV) Tempestiva. Fieri enim debet in primo termino. Alias expensas restituit reus, & peremtorie citatus, adhuc tamen contumax in Saxonia ficte confiteri videtur, & jure Communi exceptiones perdit. V) Eventualis minimum, nisi exceptio opposita causæ faciat præjudicium.

negat, & affirmativam, qua quidem eam fatetur, ſed tamen addit exceptiones [z]. Aliquando etiam, ob contumaciam rei non reſpondentis, lis pro affirmative conteſtata habetur. Si namque reus fruſtraneis exceptionibus litis conteſtationem declinare, vel ſaltem protrahere intendat, actor accuſat ejus contumaciam, & pro re nata petit, ut citetur reus ſub pœna contumaciæ, de qua ſupra dictum, vel quod lis pro conteſtata debeat haberi.

III. PORRO diſtinguitur litis conteſtatio in generalem & ſpecialem. Generalis eſt, qua non repetuntur ſingula libelli membra, ſed in genere ſolum reſpondetur, & ſolet aliquando dici implicita, ſi v. gr. reus narrata prout narrantur, & petita prout petuntur, negat, quæ in pleriſque judiciis non ſolet admitti. Specialis eſt, qua explicite & ſigillate ad ſingula actoris narrata & contenta reſpondetur.

IV. EXHIBENTUR autem ſecundum jus commune hodie in Camera & alibi receptæ, præter libellum, poſitiones ab actore, mediante juramento dandorum, uti vocant, quas ſequitur rei reſponſio, mediante juramento reſpondendorum. *c. un. X. de Lit. Cont.* ORD. CAM. *p. 3. tit. 15.* GAIL. *1. O. 81. & 82.* CARPZOV. *p. 1. C. 10. d. 4.* Jure vero ſeu in foro Saxonico hæ poſitiones & reſponſiones non ſunt in uſu, ſed reus reſpondere debet libello, & quidem ſpeciatim ad omnia libelli capita ſine juramenti præſtatione.

V. ALIQUANDO vero ad quasdam poſitiones vel membra libelli reus reſpondet affirmative, ad quasdam vero poſitiones vel membra alia negative.

## TITULUS X. DE EXCEPTIONIBUS PEREMTORIIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Exceptiones peremtoriæ deſcribuntur.* II. *Peremtoriæ vel naſcuntur cum ipſo negotio* L. 44. ff. t. 4. de doli mali & metus exceptione. *vel poſt illud.* III. *Quædam vel ante vel poſt litis conteſtationem opponuntur.* IV. *Has ſequitur re- du- tri- & quadruplicatio.*

I. AGENDUM etiam hic eſt de exceptionibus peremtoriis; (vid. *Tit. VIII. h. l. aph. 14.*) quæ ſemper agentibus obſtant, & ſemper rem ſeu cauſam, de qua agitur, perimunt [a]. *§. 9. I. de except. l. 3. ff. eod.*

z) QUI enim pure fatetur, nec exceptiones addit, intentioni actoris contrarias, ille litem non conteſtatur, cum lite non opus ſit, ubi habemus reum confitentem, ſed reus potius citra moram condemnandus eſt.

a) OMNES enim eo tendunt, ut actoris jus excludamus. Et de his iterum generatim notandum, quod I) Litis Conteſtationi ſint annectendæ, & quidem II) omnes ſimul ſub pœna præcluſionis RECESS. IMPER *de anno* 1654. *§ XXXVII.* BLUM. *Proc. Cam. Tit. LXIX. num. 67 & 69.* III) Specifice, quod ultimum vel ideo neceſſe eſt, ut actor de eliſione earum per replicam ſollicitus eſſe poſſit WERNHER. *P. IV. Obſ. CLI.* Sunt quidem, qui ſufficere putant, ut reus generalem exceptionem v. c. non competentis actionis opponat, poſtea vero in probatione exceptionem de ſpecifica exceptione cogitet BERGER. *P. II. Supplem. ad Elect. Diſc. Forenſ. p. 372.* Sed cum actori facultas ad exceptiones rei replicandi adimi nequeat, jure ſuo poſtulabit idem ille, ut nova ſibi contra exceptiones has improviſas reprobatio detur, cum ſpeciales ſub generali latere, prævidere, & replicates elidere non potuerit GRIBNER *Princ. Proc. Lib. I. cap. II. Sect. VI. § VIII.* Idem, ſuadente æquitate, juris eſt, ſi, quod ad ſecundum membrum attinet, reus poſtulet, ut exceptiones poſt litem

II. PEREMTORIAS hasce distinguunt, quod vel statim cum ipso negotio nascantur & existant, ut 1.) exceptio doli, quæ vel est generalis, competens, quando in genere contra æquitatem naturalem quid petitur; *l.* 4. §. 12. *& pen. l. f. pr. l.* 12. *ff. de dol. mal. exc. l.* 36. *de V. O.* vel specialis [b], quæ datur, quando in specie quid dolose gestum est. *l.* 2. §. 4. *l.* 4. *pr. &* §. 33. *ff. de dol. mal. exc.* ZANGER. *de except. P.* 3. *cap.* 11. *n* 4. est huic exceptioni doli aliquando subsidiaria exceptio in factum *l.* 4. §. 16. *eod.* ZANGER. *d. l. n.* 50. 2.) exceptio metus, quæ etiam tertio objici potest. *l.* 4. §. *pen. ff. de dol. mal. & met. exc.* IDEM *d. l. n.* 38. 3.) erroris §. 1. *Institut. de except. l.* 57. *de O. & A.* 4.) non numeratæ pecuniæ, tum, quæ datur creditori. *l.* 14. §. 2. *C. de non numer. pec.* tum, quæ debitori. *l.* 14. *C. eod.* item non numeratæ dotis, *tit. C. de dot. caut. non num.* 5.) exceptio Senatus consulti Macedoniani, 6.) Vellejani, 7.) minorennitatis, *l.* 7. *ff. de exc.* Huc etiam referimus 8.) exceptionem excussionis, quatenus perimit actionem fidejussoriam, quando reus principalis solvendo existit, ac inde etiam post litem contestatam opponi potest. COLER. *de proc. execut. P.* 4. *c.* 1. *n.* 117. BERL. 1. *c.* 18. *n.* 81. CARPZ. *proc. t.* 9. *art.* 7. *n.* 39. & 9.) exceptionem divisionis BART. *in l.* 10. *ff. de fidejuss.* GIPH. *in l.* 13. *C. eod.* ZANGER. *de exc. l.* 3. *c.* 19. *n.* 13. PEREZ. *in C. de Except. n.* 33. Vel post negotium oriantur; ut 1.) exceptio rei venditæ, *tit. ff. de exc. r. v. & trad.* 2.) pretii non soluti *l.* 13. §. 8. *de act. emt.* 3.) exceptio pacti de non petendo in perpetuum, *l.* 7. §. 8. *ff. de pact.* §. 3. *I. de exc.* 4.) jurisjurandi, §. 4. *I. h. l.* 15. *ff. eod.* 5.) rei judicatæ, *t. t. ff. de exc. rei jud.* 6.) transactionis, 7.) præscriptionis, *t. t. de div. & temp. præscript.* 8.) rei litigiosæ. vid. *t. t. ff. de litig.*

III. HAE exceptiones peremtoriæ tam ante, quam post litis contestationem opponuntur. *l.* 4. 8. *&* 9. *C. de exc. l.* 2. *C. sent. resc. non. poss. c.* 1. *de lit. cont. in* 6. probantur autem post litem contestatam. Sunt vero nonnullæ privilegiatæ, quæ ad excludendam litis contestationem, & ipsum processum finiendum, in ipso litis ingressu proponuntur, & statim probandæ sunt, ut exceptio rei judicatæ, præscriptionis, solutio-

contestatam noviter emergentes, vel antea ignoratas deducere possit.. Pœna enim præclusi pertinet ad eas solum exceptiones, quæ rei notitiam tempore Litis Contestationis non effugiebant. Ne tamen fraus committatur a reo, recte exigit judex juramentum, mediante quo reus asserat, se tempore Litis Contestationis notitiam earum exceptionum non habuisse. Denique, utut regulariter exceptiones peremtoriæ Litis Contestationi annectantur, hoc tamen fallit, easque ad effectum impediendi litis ingressum, & se a litis Contestatione liberandi urgere licet I) quando sunt negativæ, atque ita privilegistæ, ut onus probandi in adversarium devolvant v. c. non adimpleti contractus, non numeratæ pecuniæ, non existentis conditionis, non aditæ hereditatis II) quando sunt præjudiciales, id est, causæ principali præjudicium inferunt, v. c. in actione negatoria vel confessoria exceptio dominii, in actione mutui exceptio SCti Macedoniani, in actione contra fidejussorem exceptio SCti Vellejani. III) quando in continenti probari possunt. Tum enim, si ex probatione statim liquida, quæ sigillatim inest documentis, vitio non laborantibus, intentionem actoris injustam esse appareat, merito actor repellitur.

b) EXCEPTIO doli generalis & specialis ita differunt, quod dolus specialis in ipso negotio, quod actor in judicium deduxit, ab eodem admissus sit *L. I.* §. *II. & III. de doli mal. except.* atque hæc exceptio per replicationem non eliditur reum quoque dolose egisse, *L. IV.* §. *XIII. Eod.* actori tamen integrum est, de dolo in separata actione cum reo agere. Exceptio vero doli generalis tum locum habet, quando dolus non in ipso negotio adest, sed ex ipsius actionis institutione elucet, dum quis repugnante conscientia agit, qui tamen scit, se ob exceptionem cum effectu agere non posse *L. II.* §. *IV. & V. Eod.*

nis, actionis non competentis, & aliæ, quæ in continenti probari queunt. vid. ROSBACH. *prax. civ. t.* 43. CARPZOV. *proc. t.* 9. *artic.* 7. *n.* 25. NICOL. *process. c.* 31. Quædam etiam post sententiam, ad impediendam executionem admittuntur, v gr. exceptio solutionis, Senatus Consulti Vellejani, Macedoniani. *l.* 11. *ff. de SCto Mac.* exceptio non numeratæ pecuniæ, exceptio divisionis, compensationis. vid. GAIL. I. *O.* 17. *n.* 9. COLER. *de proc. exec. p* 4. *c.* 1. CARPZOV. *tractat. de resp. contr sent. præjud.*

IV. EXCEPTIONI actor opponit replicationem; *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. l.* 3. *C. eod. t. t. I. de replicat.* huic reus iterum respondet per duplicationem; §. 1. *I. de replicat.* & actor huic vicissim per triplicationem; §. 2. *d. t.* & huic ulterius opponitur quadruplicatio [c]. *l.* 2. *§.* 3 *ff. h. t.* §. 3. *I. d. t.* add. ORD. CAM. *P.* 3. *t.* 29. §. *wo aber* 3. CONST. ELECT. *l.* 2. *c.* 28. Excipitur jurisjurandi & doli exceptio, contra quas replicatio non admittitur. *l.* 15. *ff. h. l.* 4. §. 13. *ff. de dol. mal. & met. except.*

# TITULUS XI. DE PROBATIONE.

## SUMMARIA.

APHOR. I. II) *Probatio.* L. 22. ff. t. 3. de probat. & præsumt. II. *Ejus descriptio.* III. *Argumenta alia sunt artificialia:* IV. *Alia inartificialia.* V. *Probatur factum. Fatali non observato, probandi facultas amittitur.* VI. *Aliquando probatio admittitur ad perpetuam rei memoriam.* VII. *Instrumenti descriptio.* L. 22. ff. t. 4. de fid. instr. & amiss. eorum. *Distinctio.* VIII. *Instrumenti publici autoritas.* IX. *Privatæ scripturæ vis.* X. *Instrumenta aliquando etiam post lit. cont. producuntur. Sunt recognoscenda, vel diffitenda.* XI. *Tenetur edere instrumenta actor reo;* L. 2. ff. t. 13. de edendo. XII. *Non vero reus actori.* XIII. *Necesse est adsit præsumtio contra eum, qui edere debet.* XIV. *Edenda sunt instrumenta & in processu summario.* XV. *Detrectantis pœna.* XVI. *Testis descriptio.* L. 22. ff. t. 5. de testibus. XVII. *Inhabiles vero sunt testes* 1. *ratione personæ;* 2 *ratione causæ;* 3. *ex singulari ratione.* XVIII. *Aliquando testes inhabiles admittuntur.* XIX. *Testium productio fit regulariter in judicio. Modus probandi.* XX. *Rotulus attestationum conficiendus, post publicantur attestationes. Aliquando testium examen repetitur.* XXI. *Ante illam publicationem ad reprobandum quis se efferre & articulos exhibere debet.* XXII. *Disputatio attestationum.* XXIII. *Præsumtio describitur; & distinguitur.*

I. LITEM contestatam, & objectas aliquando exceptiones peremtorias, sequitur [d] injuncta a judice probatio, nimirum si reus litem negative conte-

c) IN his exhibitis de jure Communi partes regulariter subsistunt, & uterque ad eum effectum concludit, ut nunc super lite hucusque ventilata judex sententiam ferat. Sæpius tamen Ordinationes provinciales prohibent, ne ultra duplicam progrediantur partes. Et tum, sive partes concludant expresse, sive non, judex tamen causam pro conclusa habet, quod generatim fit, quando lex exhibita partium ad certum numerum restringit. Sæpius etiam arbitrio judicis relinquitur, quando causam pro conclusa habere velit. Et hoc arbitrium eo tum quoque extenditur, ut judex causæ conclusionem iterum rescindere, partesque denuo ad disceptationem ulteriorem admittere possit. Quod in foris Juris Communis sæpius fieri videmus.

d) EST enim, ut diximus, litis Contestatio fundamentum omnis probationis. Sigillatim affirmativa pura plane liberat ab onere probandi, & condemnationem operatur. Affirmativa mixta, cui additæ sunt exceptiones, onus probandi exceptiones in reum devolvit. Negativa mixta efficit, ut partim actor fundamentum intentionis, partim reus fundamentum exceptionis probare debeat. Negativa denique pura actorem probatione onerat. Sed caveat reus, ne facile neget jura, facta notoria, eaque, quæ, si negans mendacii convincitur, pœnam inficiatio-

ſtetur, vel ſaltem in quibusdam capitulis negative conteſtetur, & tunc actori incumbit probatio: ſi vero affirmative reus litem conteſtetur, addatque forte exceptionem, tunc reo incumbit probatio exceptionis.

II. PROBATIO eſt actus judicialis, quo per idonea argumenta de facto aliquo, de quo in judicio controverſia eſt, judici fit fides [e].

III. ARGUMENTA diſtingui ſolent in ἔντεχνα ſeu artificialia, & ἄτεχνα ſeu inartificialia [f]. Artificialia dicuntur, quæ arte & induſtria probantis, ex ipſa cauſa, ejusque circumſtantiis deducuntur, ſuntque vel neceſſaria, ut ex principiis phyſicis deſumta, & facto applicata, vel probabilia, ex quibus oritur præſumtio.

IV. INARTIFICIALIA ſunt, quæ ad fidem faciendam extrinſecus aſſumuntur, ut 1.) inſtrumenta, 2.) teſtes, de quibus antequam in ſpecie agatur, de objecto & forma probandi quædam erunt præmittenda.

V. PROBANDUM id venit, quod aſſeritur in judicio & proponitur, & quidem non jus, ſed factum [g]. Et quidem forma probationis ita ſe habet 1.) ut id, quod

nis provocent. Qui enim jura negat, vel imperitiam ſuam, vel temeritatem prodit. Qui facta notoria in dubium vocat, contra conſcientiam agit. Qui negat, ubi lex mendacium puniri jubet, vid. *L. XXVI. J. de action. L. fin. D. de Rei Vindic. L. II. § 1 D. ad L. Aquil. L. I. § I. & IV. Depoſ.* AUTH *Contra C. de non numer. pec.* Nov. *XVIII. cap. VIII.* ſibi parum conſulit, & ſigillatim, quando actor actionem conſcientiæ rei commiſit, hic vero poſtea jurare nequeat, exceptiones peremtorias amittit. WERNHER. *Diſſ. de pœn. inficiation.* Imo generatim parum proſunt exceptiones, quæ adjiciuntur Litis Conteſtationi pure negativæ, quando actor juramentum detulit, cum non opus ſit, intentionem actoris per exceptiones excludere, ubi per juramenti præſtationem illa ipſa per ſe corruit.

*e*) POSTQUAM judex probationem prius per ſententiam interlocutoriam injunxit. Natura tamen actionis in judicium deductæ nonnunquam exigit, ut ultro quis probationem ſuſcipere poſſit, & debeat. Quod fit in proceſſu executivo, diffamationis, poſſeſſorio ſummariiſſimo. In aliis cauſis conſultum haud eſt, ut ſponte ſe actor ad probationem accingat. Ex ſententia enim judicis demum apparere debet, an probatione opus ſit, quis probet, quid probandum, & utrum probatio ſolemniter, an per demonſtrationem peragenda ſit. Cæterum, probatione ſimpliciter injuncta, ſi a juramenti delatione, quæ ex diſpoſitione legis provincialis præciſe ante Litis Conteſtationem expedienda eſt, diſceſſeris, probaturus non ſolum eligit, quo probandi medio uti velit, ſed & præterea cujuscunque generis media recte cumulat, ut judici fidem faciat, ſi omnia capita libelli vel exceptionis conjunctim ſpectes, ſin ſingula capita ſeorſim, ea probandi media ſuper uno eodemque capite cumulare ſolum licet, quæ ſibi invicem auxilium ferunt, non ea, quæ ſibi invicem contraria ſunt. Sic quidem teſtibus & documentis quis poteſt ſimul uti, non vero teſtibus ſimul & juramenti delatione ZIEGLER. *ad Ord. Proc. Sax. Tit. XVIII. verb. zugleich und conjunctim.*

*f*) FIT illa per inductiones ex argumentis veroſimilibus & concludentibus ad factum ipſum, quod probandum erat. Hæc judici factum nudum ob oculos ponit, eumque de veritate convincit. Illa itaque probabilitatem ſolum operatur, nec ad condemnandum vel abſolvendum ſufficit, ſed id judicis officio convenit, ut per media convenientia res ad liquidum perducatur. Niſi forſan lex eam conjecturæ efficaciam tribuat, ut pro veritate habeatur. Illa veritatem juridicam efficit, &, ſi plena ſit, nempe per duos teſtes claſſicos, vel per inſtrumentum indubitatum peracta, condemnationem, ſi minus plena, juramentum legale producit.

*g*) CUMQUE & juris ſpecialis v. c. conſuetudinis, ſtatuti, aut privilegii exiſtentia facti ſit, & hæc probanda eſt. Cæterum, quilibet fundamentum actionis & exceptionis probare debet, ſive affirmet, ſive neget. *L. II. L. V. D. de probat.* Quod enim dicunt, negativam probari non poſſe, id plane falſum eſt. Certe, qui negat, implicite quoque, vel minimum per conſequentiam, affirmat. Et ſic etiam per conſequentiam negativam probare poteſt. Conf. COCCE-

probandum, incl[illegible]atur articulis probatoriis [h], (*Beweiß-Articul*,) qui debent ex narratis seu visceribus libelli [i] depromi, & sint perspicui, non captiosi, & succincti opus est, 2.) ut fiant post litem contestatam, 3.) parte citata, 4.) intra terminum a judice præfixum, qui jure Saxonico est terminus Saxonicus, (*eine Sächsische Frist*.) Sufficit autem intra istum terminum articulos exhiberi, & si per instrumenta fiat probatio, simul descripta ex authenticis exemplaria sunt exhibenda. Deinde terminus præfigitur, quo testes examinantur, uti mox dicemus, vel instrumenta recognoscuntur a parte adversa. Quodsi intra terminum Saxonicum ne quidem articuli exhibeantur, nec dilatio impetrata fuerit intra istum terminum a judice, altera parte contumaciam accusante, non amplius quis admittitur ad probandum.

VI. DIXIMUS inter alia, quod post litem contestatam fiat probatio. Notandum vero est, quod etiam aliquando ante litem contestatam admittatur probatio, quæ vocatur ad perpetuam rei memoriam [k], si nimirum testes sint senes, vel ejusmodi periculum subsit, quod facile quis probatione excidere possit, si litis contestatio forte proteletur.

VII. INSTRUMENTUM est scriptura, ad rerum gestarum fidem comprobandam confecta: *l. 1. ff. de fid. instrum.* estque vel publicum, vel privatum [l]. Illud est

JI *Diss. de probat. direct. negativæ*. Igitur rum denique litigans a probatione immunis est, quando pro fundamento militat præsumtio legis.

*h*) QUAM formam tamen plerumque in foro communi, nisi testibus probatio peragatur, minus recte negligunt, cum certe & cognitio & decisio faciliori via expediri possit, quando ordine omnia fiunt in judicio. Sunt vero articuli plerumque affirmativi, & per vocem *Wahr* singulæ circumstantiæ proponuntur. Solent tamen litigantes ex præmissis concludere, qui articuli conclusivi vel illativi vocantur. Solent etiam jura immiscere, quæ articuli juris nominantur. Solent aliquando in simplici negatione subsistere, & assertis partis adversæ contradicere, ne tacite consentire videantur, qui articuli negativi dicuntur. Solet denique sigillatim actor exceptionibus rei replicam addere, illasque, ne obsint, elidere, qui articuli elisivi appellantur. vid. BERGER. *Diss. de artic. elisiv.*

*i*) PROBATURUS enim aliis probationi capita immiscere nequit, quam quæ in libello & Litis Contestatione inter partes disceptata sunt. Quo ipso tamen facultas non excluditur, ea, quæ ad illustrationem & probationem thematis pertinent, immiscere, & argumenta eum in finem conquirere.

*k*) EAM ignorat Jus Civile, cum liti adhibeatur probatio, ideoque lis prius adesse debeat *L. XL. D. ad L. Aquil.* Jus vero Canonicum in *cap. V. X. ut lit. non contest.* hunc probandi modum permittit, omnibus iis in casibus, quibuscum periculum amittendæ probationis conjunctum est. Facilius itaque ad eam admittitur reus, quam actor, cum reus expectare debeat litem, sic vero ob actoris cunctationem media probandi exceptionem amittere possit. Actori vero regulariter nil obest, ne reum conveniat. Verum enim vero potest & lite jam mota periculum amittendæ probationis existere, & æquitas suadere, ut & actorem ad ejusmodi probationem admittamus. Quotiescunque tamen peragitur, ita semper peragenda est, ut solennia probationis ordinariæ, tempore articulis offerendis destinato excepto, probaturus servet. add. MENCKE *Tr. Synops. Proc. Disp. XVI. § 1. sqq.* WERLHOF *Diss. de examine testium extraordinario.* URSINI *Diss. de examine testium ad perpetuam rei memoriam.*

*l*) QUAE, si efficaciam probandi spectes, ita differunt. Publico vis probandi per se inest, idque ideo, quia in publica fide nititur, fidem judici in causa controversa, quam loquitur, facit. Privatum non probat, nisi a parte adversa agnitum. Ideirco publicum juratam diffessionem non admittit, si vere publicum est, & ne recognitione quidem indiget, sed ubique præsumtionem veritatis & solennitatis habet. Quæ tamen cum juris solum sit, probationem in contrarium admittit, eique, contra quem producitur, inte-

solennis

solennis scriptura, publica autoritate confirmata, hoc vero absque solennitate peculiari in causa propria conficitur. add. NICOL. DE PASSER. A GENOA *tr. de priv. script*

VIII. INSTRUMENTUM publicum vel ipsa judiciali autoritate est munitum, vel per notarium est confectum, cujus forma describitur in Constit. MAXIMIL. *vom Unterricht der Notarien de Anno* 1512. Hujusmodi publica instrumenta plenam merentur fidem, quod intelligendum de ipsis authenticis seu originalibus, non exemplis, (*Copey*): aliquando tamen virtute authentici exemplum probat, quando nimirum omnino certum est, hoc ex illo transsumtum esse [m].

IX. PRIVATA scriptura contra scribentem solum probat, seu contra eum, qui subscripsit aut sigillavit suo nomine, non vero probat pro scribente. De mercatorum libris specialiter notandum, quod hi legitime confecti, consignatis scilicet datis & acceptis, adscripto die & anno, etiam expressa causa debendi, ab integræ fidei homine, seu mercatore, seu ejus institore conscripti, semiplenam hodiernis moribus faciant probationem, & juramento confirmari soleant [n]. add. CARPZOV. 3. *Resp.* 58. & 122.

X. PRODUCUNTUR instrumenta regulariter lite contestata, ut supra monitum: nonnunquam etiam post conclusionem, si noviter reperta sint. add. CARPZOV.

grum est, cum contra formalia, tum contra materialia excipere. Sed privatum, quia plane non probat, nisi agnitum, prius ille, contra quem producitur, exceptionibus elidere non debet, quam constet de documenti veritate. Sic vero integrum cuilibet est, velitne agnoscere documentum, an diffiteri, id est, interveniente jurejurando asserere falsitatem documenti. Sed, quamvis agnoscat idem illud, sive sponte sive ficte in casu contumaciæ, ea tamen agnitio formam solum & veritatem documenti concernit. Exceptionibus vero contra materialia nihilosecius recte utimur. Unde Practici formant regulam: Omnem recognitionem intelligi salvis exceptionibus.

m) GENERATIM in omni documento consideranda veniunt cum formalia, tum materialia. Et formalia demum efficiunt, ut scriptura pro documento, cui vis probandi inest, haberi possit. Unde necessario sequitur, nullum documentum probare, nisi in originali producatur, & copia illud inspiciendi detur. Documentum enim vitio visibili laborans non probat. Copia itaque, etsi, ut dicunt, exemplificata sit, id est, a persona fide digna cum originali collata, testimonio simul desuper confecto, non tamen plene probat, nisi exemplificatio præsente utrsque parte facta sit STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. VII.* § *XIV. sqq.* In antiquis tamen, si alia adminicula accedant, copia nuda admittitur *c. XIII. X. de probat.* itemque si originale casu amissum sit, deque hac re aliqualiter constet. add. MYNSINGER. *Cent. VI. Obs. LXXV.*

n) VIS aliqualis probandi libris mercatorum ob commerciorum favorem videtur tributa. Nunquam tamen plene probant, sed probabilitatem saltem operantur, in causis, quæ mercaturam & negotiationem, quam mercator profitetur, concernunt, si hæc concurrant, I) ut liber, ad quem provocat, sit principalis, *das Haupt-Handels-Buch*, II) ab ipso mercatore vel ejus institore confectus, III) ita, ut data & accepta contineat, & IV) causam debendi specialem, V) annum & diem. Et his, si accedat juramentum confirmatorium, jure Communi sæpius plena jam vis probandi libro mercatorio tribuitur. Sed jure Saxonico præter confirmatorium juramentum, cum exinde semiplena tantum oriatur probatio, assertorium quoque juramentum de veritate ipsius debiti accedat necesse est. vid BRUNNEMANN. ad *L. VI. C. de probat.* CARPZOV. *P. I. Const. XVII def. XXXV.* STRYCK. *Us. Modern. tit. de fide instrum.* §. *IX.* KLEIN. *Diss. de probatione per libros mercator.* In Saxonia vero Electorali vi ORDIN. PROCESS. RECOGN. *Tit. XXX.* §. *IV.* non nisi inter mercatores vim semiplenæ probationis habet. Si contra extraneum producatur, judicis est arbitrari, velitne mercatorem ad juramentum suppletorium admittere, an reo juramentum purgatorium dictare.

*p.* 1. *C.* 17. COIER. *decis.* 121. *n.* 10. Producta instrumenta in judicio v. gr. ab actore, sunt a reo, termino præfixo, vel recognoscenda, vel jurato diffitenda [o]. Aliquando etiam locus est comparationi literarum [p], vid. *l.* 20. *C. de fid. instrum.* vel per testes, qui scriptioni adfuerunt, cujus manu quid sit scriptum, probatur.

XI. NOTABIS hic, quod actor instrumenta teneatur edere reo [q] non solum

*o*) QUOD in documentis propriis fit per formulam: *dass Product das Document nicht geschrieben noch unterschrieben habe*, in documentis alienis per formulam, *dass Product nicht glaube noch dafür halte, dass der Aussteller das Document geschrieben und unterschrieben habe.* In Saxonia Electorali additur præterea: *dass es mit Wissen und Willen des Ausstellers von einem andern nicht geschrieben oder unterschrieben worden.* Cæterum, qui diffitetur documentum, illud non quoad subscriptionem solum, sed etiam quoad contenta diffiteri debet, & certe, qui se documento subscripsisse fatetur, contenta falsa esse negare nequit. Sed, qui se nomen scripsisse, eoque alterum, qui contenta scripsit, abusum esse asserit, si falsi indicia suppeditet, admitti potest ad contentorum diffessionem.

*p*) HAEC æque ac recognitio per testes eo tendit, ut ille, qui producit, juratam diffessionem partis adversæ declinet. Illa consistit in collatione alius scripturæ, quam ille, qui documentum productum falsum asserit, scripsit, eum in finem facta ab artis peritis, ut ex similitudine manuum appareat, quatenus ipsi fides habenda sit. Sed facile constat, ex hac similitudine manus aliquam solum oriri suspicionem contra eum, qui se ad diffessionem juratam obtulit, forsan per juramentum purgatorium elidendam. In Praxi tamen, nisi quid sigillatim obstet, probabilitatem similitudini inesse credunt, quæ, ut producens ad juramentum suppletorium admittatur, operari possit. add. STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. XIX.* § *IX. sqq.* MENCKE *Tract. Synopt. Proc. Disp. XIV.* §. *XXXIV. sqq.* Recognitio vero per testes est actus, quo producens id agit, ut documentum a parte adversa diffitendum per testes jurejurando obstrictos recognoscatur. Eaque majorem omnino efficaciam comparatione literarum habere potest, modo tamen casum præsupponas, testes vel in confectione & subscriptione documenti præsentes fuisse, vel eum minimum, contra quem producitur, convincere posse, quod documentum agnoverit.

*q*) UT argumento de editione documentorum satisfaciamus, notandum est, eam vel desiderari ante Litis Contestationem, vel post eam. Illo in casu de jure Communi vt RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. *XXXIV. in fin.* & *L. I.* §. *III de Edendo.* actor reo omnia documenta, quibus ad intentionem fundandam usurus est, & ad quæ provocat, edere debet. Sed in Saxonia, nisi libello addita sint, edi non debent, addita vero reo simul sunt communicanda. Quod autem editionem documentorum, quæ probationem post Litis Contestationem instruunt, attinet, dubium non est, quin probaturus indistincte exiget editionem documentorum, quæ jure dominii ad eum spectant *L. IV. pr. L. VI.* § *VI. D. de Edend.* vel quæ communia sunt *L. V. famil. bercisc. L. VII. D. de Edend.* Reliqua quod attinet, ea vel tertius possidet, vel alter litigantium. Tertius indistincte edit, modo, qui editionem urget, sua interesse demonstret. GAIL. *Lib. I. Obs. CVI. n.* 4. *sqq.* Actor reo indistincte edit documenta, quibus indiget ad formandam exceptionem *L. V. C. de Edend.* Reus actori indistincte edit documenta, quibus usurus est ad fundandam replicam *L. fin. C. Eod.* Præterea reus non adstringitur ad editionem, nisi vel aliis mediis probandi actor destituatur *L. I. C Eod.* qui casus tamen vix contingere potest, cum juramenti minimum delatione uti possit actor, vel causa actoris privilegiata sit, v. c. fisci *L III. D. Eod. L. I.* §. *II. De jur. fisc.* Ut vero ille, a quo editionem petimus, ad editionem faciendam obligetur, vel præsumtionibus gravandus est, quod documenta possideat CARPZOV. *Tit. XIV. art. IV. n.* 4. vel juramentum ipsi deferendum est, quo tamen in casu, ut alter ad jurandum compellatur, actor calumniæ suspicionem prius per juramentum calumniæ removere debet *L. VI.* §. *II. L. IX.* §. *III. de Edend.* Gravatus itaque de possessione documenti vel edere, vel juramentum editionis, *dass er das Document weder bösslicher noch gefährlicher Weise von abhanden kommen lassen*, præstare debet. *L. IX.* §. *I. Eod.* MEVIUS *P. VII. Dec. CCLXXX.* Si neutrum facit, contra tertium mandatis pœnalibus proceditur CARPZOV. *in Proc. d. tit.* Si pars litigans sit, actor causa cadit, & contra reum copia produ-

illa, quibus est contra reum usurus, sed etiam, quæ reo ad excipiendum prosunt, *l. 8. l. 5. C. de edend.* adeo ut etiam rationes publicæ sint exhibendæ *l. 6. C. d. t.* Carpzov. *p. 1. c. 17. def. 26.* Exceptiones videas apud Georg. Nicol. *in processf. c. 51. num. 2.* inter quas est, si reus aliunde defensionem suam probare possit.

XII. Reus vero in actoris commodum regulariter instrumenta edere non cogitur, *l. 4. l. ult. C. de edend.* nisi 1.) pro replicatione actoris fundanda *arg. d. l. 5.* actor enim replicando habet se ut reus; *l. 1. ff. de except.* Carpz. *proc. tit. 14. art. 4. n. 45.* 2.) si veritas aliter haberi nequeat, velut si actor instrumenta casu amiserit. Carpzov. *l. 1. c. 17. def. 27. & in proc. d. art. 4 n. 44.* aut 3.) instrumenta sint communia. *l. 7. C. d. t.* Alias exceptiones legas apud Nicol. *de proc. c. 51.*

XIII. Tum vero demum actori, vel reo, ejusmodi casibus editio injungitur, si præsumtio vel suspicio aliqua sit contra aliquem, se instrumenta habere: Ruland. *de commiss. p. 2. l. 5. c. 21. n. 3.* Carpz. *proc. d. t. 14. n. 7.* & hic edere jussus aut edere tenetur, aut juramento confirmare, quod non habeat, nec dolo desierit habere. Ruland. *d. l.* Nicol. *d. c. 51. num. 8.* Quando vero super editione defertur parti adversæ jusjurandum, id, licet non adsint præsumtiones, præstandum est, modo deferens ante de calumnia juret. Carpzov. *d. l. n. 11. seqq.* Nicol. *n. 7. in fin.*

XIV. Peti potest editio instrumentorum tam in ordinario, quam summario processu, *Churf. Sachs. Gerichts-Ordn. tit. 27.* Carpz. *d. art. 4. n. 71.* quod tamen ad processum executivum extendi non debere [r] monet Nicol. *d. c. 51. n. 9.*

XV. Editionem ac juramenti præstationem detrectans actor causa cadit, eique ulterior actio denegatur: reus vero si recusaverit instrumenta, edenda pro editis & recognitis habentur, quandoque etiam indictione mulctæ arbitrariæ ad edendum quis compellitur. Carpzov. *proc. d. art. 4. tit. 14. n. 24. & 25.* add. Ruland. *de commissar. p. 2. l. 5. c. 26. n. 2.* Nicol. *d. c. 51. n. 12.* Quodsi a tertio editio desideratur, is compulsorialibus, quæ vocant, etiam arctioribus aut requisitorialibus, si alienæ subsit jurisdictioni, ad edendum potest adigi. Carpzov. *d. art. 4. n. 61.* Nic. *d. l. n. 13.*

XVI. Testis est persona, quæ ad fidem de negotio civili faciendam, a judice vocatur & examinatur. Faciunt vero plenam fidem duo testes omni exceptione majores *l. 12. ff. de testib.* Unus vero regulariter [s] semiplene tantum probat. add. Carpz.

cta æque ut originale probat. Si nec copia extet, consultum est, ut judex minetur alteri, se capita illa, quæ aliter per documenta probare studet, habiturum pro concessis, *er würde sie vor eingestanden halten*.

*r*) Et recte huc non extenditur. Non enim locum potest habere processus executivus, nisi actori suppetat copia documenti, quod capita libelli in continenti liquida reddit. Si ejusmodi documenta non habeat, processu ordinario uti debet. Ut sic vehementer errent nonnulli Practici, qui, dum processum executivum instruere student, petitum ad editionem & recognitionem documentorum dirigunt, cum eo magis allaborare deberent, ut documenti prius copiam obtinerent, per processum præparatorium, postea vero in lite principali intentionem actoris per documentum fulcirent.

*s*) Sunt enim casus, in quibus unus testis plene probat, quos collige ex Hornii *Diss. de probatione plena per unum testem.* Ut vero & duo testes plene probent, requiritur I) eos esse classicos, id est, quorum fides nulla ratione vacillat. II) Eosdem esse juratos *L. IX. C. de testib.* III) a judice, coram quo lis ventilatur, examinatos, minimum eo dirigente ad testimonium dicendum evocatos IV) deponere eos ex propria scientia *L. IV. C. de testib.* Wernher. *P. V. Obs. LXV.* V) Eosdem non esse singulares & sibi contradicere. Ea tamen singularitas fidei testium

ſa univerſitatis tunc demum admittitur, ſi lis ad univerſitatem, non ad ſingulos ſpectet [y]. Carpzov. *d. tit.* 12. *art.* 5. *n.* 77. *& ſeqq.* Denique ex ſingulari ratione non debent teſtimonium dicere 1.) ſacerdos, ratione revelati in confeſſione [z]. Carpzov. *d. C.* 16. *def.* 17. 2.) advocatus, ratione ejus, quod ipſi a cliente ſecreto revelatum eſt. vid. Berlich. *deciſ.* 101. Paul. Christin. *vol.* 1. *deciſ. Belg.* 83.

XVIII. In genere vero de teſtibus inhabilibus, & alias non admittendis ſciendum, 1.) eos quandoque certis caſibus admitti, ſi nimirum veritas aliter haberi non poteſt [a], Carpzov. *d. l. def.* 73. 2.) quod, licet non pro producente, tamen contra eum probant. Cavetur tamen ſpecialiter, ne regulariter denuncietur invito teſtimonium dicere adverſus ſocerum, generum, vitricum, privignum, ſponſum, ſobrinum, ſobrinove natum, eosve, qui ſimili ſunt gradu. *l.* 4. *l.* 5. *ff. de teſt.*

XIX. Ipsa teſtium productio & examinatio regulariter fit coram judice, ejusve commiſſario, in loco judicii: ſumtus vero producens impendere debet [b] *l.* 11. *C. de teſt.* Modus per teſtes probandi in his conſiſtit, nimirum 1.) notandi ſunt actus praecedentes, ubi 1. ex litigantibus producens exhibet articulos probatorios, annexa teſtium nominatione & directorio [c], ſuper quibus ſcilicet articulis hic vel ille teſtis ſit examinandus; 2. illos articulos judex parti adverſæ communicat pro formandis interrogatoriis [d]; 3.) citantur teſtes, & quidem, ſi ſub judice teſtes quidam non habeant domicilium, illorum Magiſtratus requirendus eſt, ut ipſe eos ſuper articulis & interrogatoriis examinet, vel, ubi ita receptum eſt, petit judex ab altero, ut teſtibus injungatur, ut ſe ſi-

y) Sed vix poterit fingi cauſa univerſitatis, in qua non ſingulorum interſit. Etſi enim jus ſingulorum non ſit, jus tamen univerſitatis ſingulorum utilitati non poteſt non inſervire *L. II.* §. *II. Ne quid in loc. publ.* Carpzov. *Deciſ. CV. n.* 16.

z) Quod vocant ſigillum confeſſionis, in cujus originem & indolem inquirit Adrian. Beier. *tr. de ſigillo confeſſ.* Stryck. *Diſſ. de revelatione credentiæ.* Præſupponit vero, ſacerdoti in actu confeſſionis aliquid eſſe revelatum, quod, ſalva ſalute Reipublicæ & absque periculo vitæ innocentis, reticere poteſt. Non itaque huc pertinet, quod extra caſum confeſſionis revelatum eſt, non id, quod damnum irreparabile Reipublicæ vel tertio afferret, ſi reticeretur Linck. *ad Decretal. tit. de pœnit.* §. *VII.* Brunnemann. *Proc. Civil. cap. XX. n.* 61.

a) Quo ipſo tamen tota doctrina de teſtibus recipiendis vel non recipiendis corruit. Ut ſic rem acu tangat Leyser *Spec. CCLXXXIII. med. I.* quando aſſerit, fidem teſtium unice ex arbitrio judicis pendere. Idque jam Romani agnoviſſe videntur in *L. III.* § *II. de teſtib. L. XIII. de teſtib.* multisque exemplis illuſtrat laudatus Auctor.

b) Qua occaſione quæritur, an teſtis denegare poſſit teſtimonium ſub prætextu, quod ſumtus impendere debeat in iter ad locum judicii peragendum. Quod recte negamus, cum prius non poſſit de ſumtibus reſpondere producens, quam teſtis eos re ipſa impendit. Neceſſe itaque eſt, ut veniat teſtis, & judici evocanti morem gerat, ejusque deinde auxilium imploret, ut indemnitatem conſequatur. In Saxonia Electorali Legislator pro dignitate teſtis & loci diſtantia certam determinavit ſummam, quam producens, antequam teſtis citetur, cum ipſis articulis offerre debet.

c) Quod ſpeciatim nominat teſtes, & ſimul indicat, ad quosnam articulos quilibet interrogandus ſit. Idque ipſum judex præciſe ſequi debet, nec citra vitium nullitatis de ſuo quid addere, aut ordinem præſcriptum mutare poteſt.

d) Quem in finem conſultum eſt, ut interrogatoria ante requiſitionem a parte adverſa exhibeantur, quo judex requirens ea ſimul tranſmittere poſſit. Si tamen exhibita non ſint, judex requiſitus, dum terminum examinis præfigit, productum nihilominus monet, ut in termino productionis compareat, &, ſi velit, interrogatoria exhibeat.

ftant; 4. producens quoque & altera pars citatur ad producendum & videndum jurare teftes [e]: II.) Ipfe actus examinationis; nimirum ipfo termino præftituto judex præloquitur, & altera pars producit teftes [f], altera exhibet interrogatoria [g]. Præftatur deinceps, prævia admonitione; juramentum teftium parte utraque præfente: præftito vero juramento, partes fecedunt, & finguli teftes feorfim a judice, ejusque notario ad articulos & interrogatoria examinantur, & omnia, quæ dicuntur a teftibus, & quidem eorum ipfiffima verba diligenter annotanda funt: finita depofitione teftis, impofito filentio, dimittitur [h].

XX. ACTU examinis expedito, rotulus atteftationum a judice vel commiffario conficitur, & deinde partes citantur, ut certa die adfint publicationi atteftationum [i]; qua facta, fuper iisdem vel directo contrariis articulis, in eadem vel alia inftantia teftes regulariter produci nequeunt. NOV. 90. c. 4. *Clem. 2. de teft.* Nonnunquam tamen admittitur examinis teftium repetitio [k], CARPZOV. p. 1. C. 16. d. 30. vel etiam certis cafibus ulterior productio [l]. d. NOV. 90. c. 4. c. 15. & 36. x. de teft. GAIL. 1. obferv. 105.

e) DIVERSUS tamen utriusque citationis eft effectus. Ex parte producentis enim eft arctatoria, & producentem præcifa comparendi & producendi teftes neceffitate onerat, nifi emanens probationem malit defertam. Ex parte producti vero eft monitoria folum. Adeoque, licet emaneat, judex tamen ad examen progreditur, cum emanens renunciaffe videatur juri fuo, & exceptiones contra teftes, ut & facultatem exhibendi interrogatoria amittit.

f) ET quidem non verbaliter folum folenni adhibita formula, fe teftes producere abfentes tanquam præfentes & præfentes tanquam abfentes, fed realiter etiam & actualiter, ut judici teftes nominetenus fiftat. Hinc abfentium teftium contumaciam accufat, utque judex eosdem fub pœna ad teftimonii dictionem compellat, rogare folet. Nifi enim teftis privilegio tutus fit, ne cogatur, vel ideo, quia publice intereft, ut veritas facti detegatur, remedia coactiva locum habent *L. XVI. L. XIX. C. de teftib. tot. tit. X. de teftib. cogend.* Imo, fi caufa ardua & criminalis fubfit, & de veritate abfque tefte conftare nequeat, contra quem tamen adeft præfumtio gravis, quod rei notitiam habeat, contra contumacem poteft decerni tortura vid. LUDOVICI *Diff. de tefte contumace.*

g) QUAE funt quæftiones a producto eum in finem exhibitæ, ut ex refponfione teftis diftincte appareat, quanta fides ipfi fit habenda. Generatim itaque id per interrogatoria efficere ftudet productus, ut fides teftium fufpecta fiat. Sunt vel generalia, quæ contra perfonam teftis diriguntur, Sunt fpecialia ad articulos directa. Et per has ex tefte quærit rationem teftimonii, ea, quæ in articulis captiofe conjuncta funt, feparat, ipfumque articulum in fpeciales propofitiones refolvit. Cumque in iis defenfionis maxima pars fæpius fita fit, productus ea non facile omittit STRYCK. *Introd. ad Prax. Forenf. cap. XVIII. §. V.* Caveat tamen, ne exhibeat prius, quam fuper exceptionibus, quas tefti objecit, & ob quas eum repellendum credit, judex cognoverit. Qui enim de tefte repellendo excipit, & interrogatoria tamen offert, exceptioni renunciaffe videtur. Præterea de jure Communi producto quidem permittitur, ut interrogatoria generalia, quæ præliminaria vocantur, ad ipfius caufæ merita dirigat STRYCK. *d. C. §. VIII.* Quo ipfo fumtibus, reprobationi impendendis parcere poteft, Sed certe tum demum effectum fibi ex his interrogatoriis promittere poteft, fi eosdem teftes & reprobationi infervire poffe probabile fit.

h) SED, antequam dimittatur, curet examinans, ut depofitio illi prælegatur, quo omiffa fupplere, obfcura illuftrare, contra intentionem confignata indicare poffit.

i) QUAE abfque folennitate omni ita peragitur, ut judex in termino rotulos, quos huc usque, ne depofitiones teftium ad notitiam partium venirent, fecretos habuit, actis inferat, & partibus eorum copiam faciat.

k) SI nempe in depofitionibus quædam intellectu difficilia, ambigua & obfcura occurrant, quæ impediunt, ne judex litem fecure fententia fua finire poffit.

l) QUAE tamen hodie vel ideo admitti non poteft, quia probationi exhibendæ certus,

BERLICH. *p.* 1. *Concl.* 40. *n.* 2. *& seqq.* GEORG. SCHULTZ. *in Synops. judic. th* 56. ubi han: cautelam tradit advocatis, *quod*, *volens producere testes*, *antequam eos producat in judicium*, *cum iis loquatur*, *& si audiverit*, *eos in sermone esse singulares*, *non producat nisi unum testem*, *& tunc unus testis facit semiplenam probationem*, *& poterit deferri juramentum suppletorium*, *quod non posset fieri*, *si essent plures testes*, *sed singulares*.

XXI. NOTANDUM hic venit, quod si altera pars reprobationem, *den Gegenbeweiss*, h. e. probationem contrariam seu elisivam suscipere velit, ante publicatas attestationes eam suscipere, & vel statim cœpta ab altero probatione, vel saltim post citationem ad publicationem, attestationum, & quidem de jure Saxonico intra terminum Saxonicum, articulos offerre debet [m]. Finita debito modo etiam reprobatione, tunc utriusque partis testimoniorum publicatio, partibus citatis, procedit. CARPZ. *in proc. tit.* 13. *art.* 2.

XXII. DENIQUE sequitur disputatio attestationum [n], qua scilicet is, contra quem probationes susceptæ, illas excipiendo impugnat, alter vero uberius, quod in probationibus continetur, deducit & defendit. CARPZOV. *d. l. tit.* 15. Impugnaturus vero probationes, & quidem per testes factas, considerat 1.) examen testium, an legitimo ordine sit peractum; 2.) personas, an sint habiles; 3.) dicta, quibus opponi solet obscuritas, incertitudo, contrarietas, singularitas.

XXIII. RESTAT, ut dicamus de præsumtione, quæ nimirum est probatio negotii dubii ex probabilibus argumentis. Distingui solet [o] ab interpretibus in præsumtionem hominis, juris, juris & de jure. Præsumtionem hominis vocant, qua a judice,

isque peremtorius terminus regulariter præfigitur. Quo elapso ipso jure probaturus præcluditur. Fatali vero nondum elapso, & novos testes denominare, & novos articulos exhibere, & prioribus novos addere, imo probando variare licet. Si tamen probatio intra fatale exhibita sit, & postea testis reperiatur mortuus, vel idem ille tempore oblationis vivus ante examen diem obeat supremum, in locum demortui unum pluresve denominare permittitur, modo probaturus suspicionem, se mortem testis tempore oblationis scivisse, juramento removeat.

*m*) ET sigillatim, ne publicentur attestata testium, protestationem interponere debet. Sed his ambagibus in Saxonia Electorali non est opus, cum fatale reprobationis currat a die communicatorum articulorum probatorialium. Est vero reprobatio in genere, ut Auctor recte monet, intentioni actoris contraria probatio, eaque vel negative peragitur, probationem actoris elidendo, vel affirmative, judici de exceptionibus fidem faciendo. Ut sic omnino detur reprobatio, etiamsi reus nullas plane habeat exceptiones, cum sufficiat, reum qualicunque ratione se defendere. Quia vero defensio est, magnum omnino habet favorem, nec judex reo eam facto suo adimere potest. Imo reus ad reprobationem admittitur, licet judex ipsi eandem neque concesserit, neque expresse reservaverit.

*n*) HANC praxis judiciorum præter necessitatem ordini procedendi addidit. Nam cum in ea id agat probaturus, ut testium fidem in tuto collocet, & judici, quid & quale probaverit, ex Actis & attestatis testium ob oculos ponat, pars adversa vero testium fidem infringere studeat, quæ omnia judici ex Actis innotescere possunt, etsi partes plane taceant, constat certe, ex superfluo tolerari ipsam attestationum disputationem.

*o*) IN effectu ita differunt. Præsumtio hominis probationem, plene quidem non peractam, præsupponit, ita tamen comparatam, ut probabilitas oriatur, quæ judicem movere potest, ut neque pure condemnet, neque pure absolvat, sed juramento legali exitum rei committat. Præsumtio juris, quæ a lege proficiscitur, sive conjecturam ab ipsa lege approbatam continet, instar plenæ probationis est, & a probatione liberat, non tamen probationem in contrarium excludit. Præsumtio juris de jure non a probatione solum liberat, sed ex legis dispositione pro ipsa

argumentis probabilibus, ex ipsius negotii qualitatibus & circumstantiis quid inducitur, & inductum pro vero habetur, usque dum ab eo, contra quem est præsumtio, hæc elidatur. vid. CARPZOV. *in proc. Tit.* 13. *art.* 1. *num.* 16. Præsumtio juris dicitur, qua a lege ex probabilibus rationibus civilibus circa negotium aliquid inducitur, ac itidem inductum pro vero habetur, usque dum elidatur: de cujusmodi præsumtionibus operosum tractatum scripsit MENOCHIUS. Præsumtio juris & de jure appellatur, qua a lege ex fortioribus quid infertur rationibus probabilibus, idque illatum adeo pro vero habetur, ut probatio in contrarium non admittatur. MENOCH. *de præs. L.* 1. *q.* 13. *n.* 19. Ex notoria tamen rei evidentia & hæc infringitur. vid. IDEM *d. l.* 1. *q.* 63. GILHAUS. *in arb. civ. p.* 7. *c.* 6.

# TITULUS XII. DE JUREJURANDO.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Probatio fit aliquando per jusjurandum.* L. 12. ff. t. 2. de jurejur. seu voluntar. seu necess. seu judiciali. *Hujus descriptio.* II. *Distinctio.* III. *Juramentum assertorium.* IV. *Juramentum litis decisorium.* V. *Juramentum voluntarium;* VI. *Judiciale.* VII. *Hoc delatum aut suscipiendum, aut referendum. Casus excepti.* VIII. *Præstatur in causis civilibus.* IX. *Juramentum necessarium, quod est* X. *Sive suppletorium:* XI. *Quod regulariter in omnibus causis admittitur.* XII. *Sive purgationis;* XIII. *Quod imponitur ei, qui suspicionibus gravatus.* XIV. *Is, cui juris jurandi præstatio injuncta, debito tempore se offerre debet.* XV *Lites, jurejurando judiciali finitæ, non retractantur.* XVI. *Alia est ratio in juramento necessario.* XVII. *Juramenti in litem descriptio.* L. 12. ff. t. 3. de in litem jurando. XVIII. *Quod moderatio judicis sequitur.* XIX. *Et statim executio.* XX. *Juramentum minorationis.*

I. ALIQUANDO loco probationis juramentum defertur, vel etiam probatio non satis plena, v. gr. per testem unicum, vel ex præsumtionibus inducta, juramento suppletur, vel etiam præsumtiones juramento eliduntur. Inde hic de jurejurando agendum venit, quod est religiosa rei alicujus asseveratio, legitime facta per invocationem Dei in testem [p].

veritate eo effectu habetur, ut, qui contrarium afferit, mendacium committere videatur.

*p*) IMO præterea in vindicem. Sola enim invocatio in testem non facit juramentum BÖHMER. *Jur. Eccles. Lib. II. Tit. XXIV.* §. *VI.* In eo itaque, ut Deus in vindicem invocetur, consistit formale juramenti. Inde patet, non jurari posse, nisi per id, quod religiose colimus, quodque vindicare posse perjurium credimus. Ut sic juramentum secundum principia cujusque religionis concipiendum sit. Nec aliunde, quam ex intentione jurantis vis & efficacia juramenti dependet, quod contra Carpzovium late demonstrat FINCKELTHAUS *Obs. CCXVI.* vid. BÖHMER. *d. l.* §. *LVIII.* Quare formulam certam per se non requirit jusjurandum. In Praxi tamen, præsertim juramentum judiciale, quod litis decidendæ causa adhibetur, per formulam & solennitates expediri solet, quo religiosior asseveratio fit. Ex eodem fonte, quod Deum vindicem constituamus, facile colligimus, impiam & haud tolerandam esse reservationem mentalem, quippe quæ, dum jurans aliud cogitat, aliud verbis profert, animum jurandi excludit, *c. IX. Caus. XXII. qu. V.* STRYCK. *de jure sens. Diss. X. cap. III. n.* 6. *sqq.* Quæ cum ita sint, id singulare non est, quando in juramento jus Canonicum requirit veritatem, sive conformitatem linguæ cum mente, justitiam ratione objecti, intellectum & voluntatem in jurante, eo effectu, ut vis, dolus, metus excludatur, ut fiat de re licita & privatorum dispositioni subjecta, ab eo denique, qui scit, quid agit, & rem, de qua jurat, intelligit.

II. DI-

II. Distingui solet juramentum in promissorium & assertorium q. Ad promissorium pertinet etiam juramentum confirmatorium, quo scilicet actus quidam civilis confirmantur; cujusmodi juramentum aliquando exigitur, v. gr. in renunciatione SCti Vellejani. Carpzov. *p.2 c.12. d.14. & C.16. d.6.*

III. Huc potissimum spectat juramentum assertorium, quod ad rem controversam decidendam adhibetur: & quidem proxime facit ad decisionem litis, aut accessoriæ de expensis, juramentum scilicet expensarum; quo nimirum is, cui expensæ restituendæ adjudicantur, juramento suo eas æstimat. Ord. Cam. *p.1. art.66. & seqq.* quod tamen juramentum sæpius remittitur, & judex solum moderatur expensas: aut principalis, quæ deciditur vel per se, mediante juramento litis decisorio, in specie ita nuncupato, vel per accidens, commisso scilicet ab adversario dolo, juramento in litem.

IV. Litis decisorium jusjurandum vel pars parti defert, vel exigit judex, quod in specie necessarium vocatur. Pars parti defert juramentum vel extra judicium, quod voluntarium, vel in judicio, quod judiciale dicitur.

V. Voluntarium itaque est, quod ex conventione r, per modum transactionis, a parte parti extra judicium defertur, vel etiam refertur. Uti vero hoc juramentum delatum libere recusari potest, ita & relatum non præcise est præstandum; atque hoc hodie minus in usu est.

VI. Jusjurandum judiciale est, quod a parte parti in judicio ordinario, accedente judicis per sententiam approbatione, defertur s. *l.12. §.1. C. de jurejur.* Defert hoc juramentum actor reo, jure quidem Romano tam ante, quam post litem contestatam, super ipsa intentione sua: jure vero Saxoniæ actor non nisi ante præstitam guarandam deferre reo juramentum potest; Const. Elect. 11. *p.* 11. *ibique* Car-

q) Hoc probandi causa, illud actum convalidandi gratia adhibetur. Hoc res præsentes vel præteritas respicit, illud in futurum obligat. Hoc si mendacium continet, pœnam perjurii operatur. Illud conscientiam solum jurantis stringit, si res in eodem statu maneat. Verbo: Juramentum promissorium contractibus adjicitur, & quidem vel in continenti, quod in specie promissorium dicitur, vel ex intervallo, quod confirmatorium vocatur. Sic vero est accessorium obligationis principalis, & neque de jure Naturæ neque de Jure Romano novam producit obligationem. Quo fit, ut corruente principali obligatione & obligatio ex jurejurando corruat *L. V. C. de legib.* Verum ex principiis Juris Canonici, quæ nos servamus, improvide tamen Böhmer, *Jur. Eccles. Lib. II. Tit. XXIV. §. XXII.* per juramentum tale actus in se nullos convalidari posse credimus *c. II. de pact. in 6to cap. XXVIII. X. de jurejurando.* Conf. Ludovici *Diss. de brocardico: Omne juramentum servandum est, quod salva salute æterna servari potest.*

r) Ergo hujus juramenti indoles unice ex natura pactorum & transactionum est dijudicanda. Et obligatio non tam oritur ex vinculo juramenti, quam ex modo transigendi, qui, ut per juramenti præstationem expediretur, partibus placuit. Sigillatim præsupponit mutuum consensum, & sic sponte nec delatum præstitum neminem ab obligatione liberat. Præstitum vero ex conventione antecedente sufficit ad effectum liberationis, etiamsi pejeratum sit.

s) Non itaque necesse est, ut quis utatur juramenti delatione, nisi cui probatio incumbit. Nec opus est, ut quis juret, nisi judex juramenti præstationem injunxerit. Quamvis inde inferri non possit, judicem facultatem deferendi juramentum alicui adimere posse. Nam, ubi quis ad probationem sese accingit, etiamsi illa simpliciter sit injuncta, recte tamen utitur juramenti delatione, quousque lex ipsa non jubet, ut ea statim & antequam de probatione judex interloquatur, litigans utatur. Et hactenus, quicunque sit litigans, recte defert juramentum, utut ipse non possit ad juramenti præstationem admitti. Sic & infamis & de perjurio suspectus hoc bene-

PZOV. nisi post litem contestatam & guarandam præstitam nova emergat quæstio. ORD. PROC. *El. Tit.* 18. *in f.* BERL. *p.* I. *Concl.* 29. *n.* 57. Similiter reus, etiam post litem contestatam, super exceptionibus a se propositis actori potest deferre juramentum, nisi jam ad reprobationem se obtulerit, & hæc rei injuncta fuerit per sententiam: quo casu jure Saxonico non amplius est locus juramenti delationi [t].

VII. HOC delatum juramentum judiciale non potest recusari regulariter, sed aut suscipiendum [u], aut deferenti referendum; nisi velit pro confesso haberi, *l.* 38. *ff. de jurejur.* Quandoque tamen juste recusatur juramentum delatum, nimirum 1.) si deferens nolit de calumnia jurare [x]; CARPZOV. *p.* I. *C.* 12. *d.* 23. 2.) si is, cui defertur, quod juramento probandum venit, alias probare velit [y]: vide CARPZOV. *p.* I. *C.* 12. *d.* 3. *& in Proc. tit.* 11. *art.* 5. *n.* I. si vero hic in probatione defecerit, nihilominus adhuc ad juramentum postea admittitur [z], non tamen amplius referre potest. CARPZOV. *d. l. def.* 18. & 19. Denique hic sciendum, quod delatum juramentum quandoque omni-

ficium in suos usus applicat, quicquid dissentiat CARPZOV. *P. I. Const. XIV. def VI.* Conf. BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap XXIII. n.* 4. Ut tamen deferat illi, ad quem causa spectat, & qui rei, de qua jurandum est, notitiam habet, necesse est. *L. XX. pr. de jurejurando.* Sufficit autem qualiscunque, ut sic ille etiam admittatur, qui de credulitate jurare potest.

t) QUA de re tamen valde dubito. Certe reus de juramenti delatione prius cogitare non debet, quam ad probationem se accingit. Et, quamvis se ad probationem simpliciter offerat, non tamen ideo excludere videtur juramenti delationem, eum renunciatio juris non præsumatur. Idem juris est, quando actor de replicis probanda cogitat. Hujus intuitu enim habetur pro reo, ipsaque replica jure exceptionum utitur.

u) SUSCEPTUM vero ad præstationem juramenti præcise obligat. MEVIUS *P. VI. Decis. CLXVII.* nec revocari potest amplius a deferente, cum jam post acceptationem vires pacti accipiat, & acceptanti jus quæsitum oriatur. IDEM *P. II. Decis. XCIII* Ut autem omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus, ita &c., si illi, qui detulit juramentum, novæ probationes superveniant, quibus vel judici de ipso litis objecto fidem facere, vel liquido demonstrare possit, acceptantem pejeraturum, revocatio juramenti delati conceditur *L. XI. C. de jurejurando.* Sed, quid si non revocetur, & acceptans tamen ante juramenti præstationem moriatur? Tum quidam mortem vim jurisjurandi habere putant, si justissimæ causæ adsint, vid. STRYCKII *Diss. de morte loco jurisjurandi.* Sed & suppetunt rationes, ut heredes adhuc ad juramentum credulitatis compellantur. Quare merito dixeris, ipsam quæstionem ad arbitrium judicis spectare.

x) QUAE necessitas deferenti ideo videtur imposita, ne juramenti delatione abutatur ad instruendam calumniosam litem, quod omnino facere posset, cum & absque indiciis juramenti delatio locum habeat. Itaque a calumnia prius se per jusjurandum purget. *L. XXXVII. de iurejur.* Anne vero deferens adhuc de calumnia jurare debeat, si alter ipsi juramentum retulit, dubitatur. Putant quidam, non opus tum esse juramento calumniæ, quando deferens ipse super causa principali jurat. Sed negerunt alii, quod deferens jurei super lite, ob relationem, id calumniam non excludere in delatione. Quorum opinionem Saxones approbant, & a deferente cum juramentum calumniæ, tum juramentum principale exigunt.

y) QUOD vocant probationem pro exonerande conscientia, in qua peragenda I) omnia illa sunt observanda, quæ probationem in genere solennem efficiunt. II) probaturus id agere debet, ut directo contrarium ejus, super quo juramentum delatum, probet, non vero exceptiones intentioni actoris contrarias probare potest. Cæterum hæc probatio non admittit juramenti delationem, cum fiat declinandi juramenti causa, & quia species reprobationis est, contra probationem partis adversæ per juramenti delationem resusceptæ, probationem non admittit ulteriorem.

z) UT nunc præcise juramentum præstare debeat. Hoc tamen, ni fallor, Praxis admittit, invita analogia juris, cum naturale sit, ut, qui dum antea vel præstare juramentum, vel

no præstandum sit, nec referri possit, quando scilicet is, cui delatum est juramentum, aut solum, aut saltim melius, quam deferens, veritatem novit. vid. Carpz. *d. C.* 12. *p.* 1. *def.* 40. & 41.

VIII. Regulariter locum habet hoc juramentum in omnibus causis civilibus *, etiam alias famosis, secundum *l.* 9. §. 2. *ff. de jurejur. l.* 5. §. 8. *l.* 11. §. 1. *ff. de injur.* modo ad restitutionem solum agatur. Carpzov. *p.* 1. *C.* 12. *d.* 31. *n.* 4. *& process. Tit. XI. art.* 1. *n.* 35. 60. & 65. & *P.* 3. *dec.* 231. admittitur quoque in actione injuriarum, non criminaliter, sed civiliter intentata. vid. Decis. Elect. *noviss.* 17. Coler. *dec.* 141. *n.* 17. Præterea singulariter excipiuntur causæ matrimoniales, eo nimirum casu, quo jusjurandum vergeret ad dissolutionem matrimonii Carpzov. *Lib.* 3. *Jurispr. Consist. def.* 44. Wesenb. *de proc. n.* 5. *ubi* Philipp. *observ.* 2.

IX. Juramentum necessarium [b] est, quod inopia plenæ probationis judex, etiam parte non petente, defert, causa cognita, vel actori, vel reo. *l.* 3. *C. de jurejur. l.* 31. *D. Eod.* Distinguitur in suppletorium & purgatorium [c].

X. Juramentum suppletorium, *der Erfüllungs-Eyd*, est, quod judex imponit ei, qui semiplene, v. gr. per unum testem, probavit, ut per id perfecta fiat probatio, *dict. text.* add. *c. fin.* §. 1. *x. de jurej.*

XI. Admittitur hoc jusjurandum regulariter in omnibus causis: non tamen facile in causis iis, ex quibus ingens lucrum ad jurantem est perventurum, Gail. 1. *O.* 108. *n.* 11. nec in criminalibus gravioribus, *arg. l. fin. C. de prob.* Carpzov. *p.* 1. *C.* 23. *d.* 11. nec in matrimonialibus, nisi circumstantiæ & æquitas hoc exigant, Carpz. *L.* 3. *Resp.* 57. & *Jurispr. Consist. l.* 3. *d.* 46.

XII. Juramentum purgationis, *der Reinigungs Eyd*, est, quod judex imponit ei, contra quem præsumtiones militant, ut scilicet per hoc illas elidat. *d. l.* 31. *ff. de jurej.*

---

referre, vel conscientiam probatione exonerare poterat, alterum eligat, ad alterum facta electione non habeat regressum.

*a*) Nota generatim, in omnibus causis juramentum deferri posse, super quibus transigere licet. Cumque nec in criminalibus, quatenus de læsione sermo est, prohibita sit transactio, nec eo nomine prohibita erit juramenti delatio vid. *L. LII. §. XXVII. de furt. L. IX. §. II. de jurejur. cap. XXXVI. X. Eod.*

*b*) Quod triplici ratione ita nominatur, I) intuitu causæ, quæ alia ratione expediri nequit, II) intuitu judicis, qui illud necessitate quasi adactus dictitat, III) intuitu personæ, quæ jurat, quia illud præcise probare debet, nisi postea noviter supervenient probationes, quibus vel, quod probationi deest, supplere, vel contrarium ejus, quod jurare debet, evincere possit. Et generatim juramentum legale ob probationes noviter repertas retractari potest, *L. XXXI. de jurejur.* quod in delato secus. Ipsa ratio diversitatis hæc est, quod in delato conventio quædam accedat, quæ in legali & necessario cessat.

*c*) Utrumque ex probationis inopia oritur. Et id quidem dictatur probationis semiplenæ supplendæ causa, ipsumque probaturum testem in propria causa constituit, hoc vero dictatur suspicionis, contra adversam partem per probationem semiplena minorem excitatæ, removendæ causa, & a reo præstari solet. Hæc ita, si probationem ab altera parte susceptam alter non elisit, vel reprobatione æquavit. Sin probationes ex utraque parte æquales sint, dubiusque hæreat judex & anceps, cuinam parti dictitet juramentum, ille potius ad juramentum admittitur, qui de veritate jurare potest, quam qui de credulitate Berger. *Resol. Lauterb. p.* 503. & *Oec. Jur. pag.* 1064. Si de veritate neuter jurare possit, reo potius purgatorium, quam actori suppletorium dictandum, cum jura proniora sint ad absolvendum, quam ad condemnandum, Ludovici *Diss. de probabilitate.* Verum res omnis

XIII. DEFERTUR juramentum hoc, quando quis suspicionibus gravatus est, *c. 14. x. de purg. canon.* modo persona sit fide digna. Non autem facile in criminalibus admittitur juramentum purgatorium. vid. CARPZ. *pr. Crimin. p. 3. q. 116. n. 61.*

XIV. CAETERUM is, cui juramentum, sive judiciale sive necessarium, per sententiam injunctum est a judice, intra certum terminum, & quidem jure Saxonico intra terminum Saxonicum (qui computatur a die, quo sententia transiit in rem judicatam) ad jurandum se offerre debet, & petere, ut reus seu adversa pars ad praestandum juramentum calumniae, ut & ad videndum jurare citetur: in foro autem Electorali Saxonico intra octiduum [d] se offerre, & dicto modo petere debet. vid. DECIS. ELECTOR. *noviss.* 18. PHIL. *obs. in eand. dec.* 18. CARPZOV. *in proc. Tit. 11. art. 3. n. 57.*

XV. LITES, jurejurando voluntario, vel etiam judiciali ita finitae, retractari nequeunt, ne quidem praetextu perjurii, ob instrumenta noviter reperta. *l. 31. in fin. ff. de jurejur. l. 10. C. de transact. l. 4. C. de re judic.*

XVI. ALIA est ratio juramenti necessarii, quo licet praestito, nihilominus, ob instrumenta reperta, causa ex integro agitur. *d. l. 31. ff. de jurejur.* CARPZ. *d. l.*

XVII. JURAMENTUM in litem est, quo, propter intervenientem dolum aut culpam adversarii, rem non restituentis, aut non exhibentis, judice deferente, actor rem suam, quam petit, aestimat: estque duplex, aliud affectionis, quo propter dolum adversarii, rem non restituentis, etiam ultra verum pretium ex affectione res aestimatur; *l. 1. & 2. ff. de in lit. jur.* aliud veritatis, quo res, quae culpa possessoris interiit, vel deterior facta est, quanti vere est, & quanti revera interest, aestimatur. *d. text.* Illud locum habet, ubi agitur de re nostra restituenda [e], quam adversarius dolo & contumacia restituere detrectat v. gr. in actionibus in rem, item in actionibus in personam bonae fidei, iis nimirum in quibus ex contractu quid restituendum. Hoc vero locum habet in aliis actionibus, ubi non de restituenda, sed tradenda re solum agitur, v. gr. in actionibus emti, &c. item in stipulationibus. Caeterum in praxi hodierna non multum haec differentia attenditur, sed relictum videtur judicis arbitrio, quando juramentum tamen regulis ita confici nequit, quin arbitrium judicis locum habeat LEYSER. *Spec. CLXI. seqq.*

*d*) QUOD fatale tamen in Saxonia Electorali per Ordinationem Processus Recognitam est sublatum, & judici lex dicta, ut aeque, ac jure Communi fieri solet, ex officio terminum jurandi praefigat. In quo, si deferens juramentum calumniae non praestet, juramentum principale, urgente altera parte, habetur pro praestito. Sin ille, cui juramentum delatum, contumax fit, iterum praevia contumaciae accusatione in poenam jurare nolentium incidit, & juramentum principale habetur pro deserto.

*e*) QUAE pretium affectionis recipit *L. III. de juram. in litem* nec simpliciter excludi potest res fungibilis, modo fundamentum affectionis non positum sit in voluptate. Alias, quando in re conservamus memoriam patroni, secundi vel adversi casus, quando porro res lusum naturae vel artis sistit, denique quando rem artificiosam confecit ipse, qui artem non profitetur, in infinitum eam aestimare licet, salva tamen judici facultate, aestimationem revocandi ad aequitatem *L. IV. §. II. & III. L. V. §. I. Eod.* In reliquis omnibus verum rei pretium respicimus, quod & fit, quando res, quae affectionem recipit, culpa levi periit. Ubique tamen de specie sermonem esse, requiritur. In quantitatibus & factis non praestitis cessat juramentum in litem. Et eatenus non opus est, ut cum Auctore distinguamus rem restituendam a re tradenda. Nam & in rem immobilem cadere potest affectio *L. I. §. XV. si quid in fraud. patron.* add. THOMASII *Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente per tot. & speciatim §. XXI. sqq.*

hoc, five affectionis, five veritatis, ac in quibusvis judiciis, five bonæ fidei five stricti juris, five directis five contrariis actionibus, deferendum existimet CARPZ. *in proc. tit.* 12. *art.* 4. *n.* 7. 8. 9. *&* *p.* 1. *c.* 23. *d.* 19. *n.* 11. *&* 12.

XVIII. JUDEX æstimationi actoris modum statuit, nimirum primo æstimat actor, deinde moderatur judex, tunc subsequitur juramentum actoris, quo a judice determinata summa confirmatur. *l.* 2. §. *f.* *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* add. CARPZOV. *proc. tit.* 12. *art.* 4. *n.* 16. RICHTER *dec.* 58. *n.* 43. *& regul. jur.* 2. *n.* 11. vid. *tit. de in lit. jur. ibique* EXERC. NOSTR. 17. *th.* 70. *& seqq.*

XIX. ATQUE hæc ita obtinent, si dolo, culpa vel mora adversarii res interierit vel deterior facta sit, alias si integra exstet, vel manu militari aufertur possessori, restituere nolenti, vel juxta arbitrium judicis, cumprimis si actor, ob procaciam aut moram adversarii, æstimationem malit habere, quam ipsam rem, juramentum in litem locum habet. *l.* 5. §. 1. *in fin. ff. de in lit. jur.* juncta. *l.* 68. *de R. V.* add. BORCHOLT. *de in lit. jur. c.* 4. *num.* 4.

XX. ADDENDUM hic est, de jure Saxonico singulariter receptum esse, ut actor res vi ablatas, & damnum per vim illatum possit æstimare ac petere, ut reus summam istam solvat, aut juramento eam deminuat, & tunc reus vel illam summam, quam tamen aliquando judex moderatur, CARPZOV. *t.* 12. *art.* 4. *n.* 12. solvere, vel juramentum minorationis seu deminutionis (*den Minderungs-Eyd.*) præstare debet: quo præstito in id solum condemnatur, quod juravit *f*. Locum ergo tantum hoc habet in vi expulsiva & ablativa; & potest id evitare reus, si probet, damnum tanti non esse, quanti ab actore æstimatum. vid. H. PISTOR. *l.* 1. *quæst. Saxon. quæst.* 16. CARPZOV. *de processf. tit.* 12. *art.* 4. *num.* 28. *& seqq.*

## TITULUS XIII. DE CONCLUSIONE CAUSAE.

S U M M A R I A.

APHOR. I. *Causæ conclusio.* II. *Distinguitur in expressam & tacitam.* III. *Post conclusionem causæ regulariter nihil amplius admittitur.* IV. *Pro informatione judicis consilia aliquando exhibentur.*

I. POSTQUAM disputationes attestationum, de quibus *tit. præced.* dictum, judici sunt oblatæ, proxime subsequitur causæ conclusio, quæ dicitur, quando partes utræque omnibus probationibus & allegationibus, seu scriptis ulterioribus renunciant, & jam litem decidendam judicis conclusioni submittunt.

II. DISTINGUI hæc solet in expressam & tacitam. Expressa est, quæ verbis fit expressis, litem judicis cognitioni submittentibus, seu pure seu conditionaliter

*f*) VERUM hac ratione in arbitrio ejus, qui vim intulit, situm est, positumve, quantum restituere velit. Et cui religio non fuit, vim alteri inferre, illi nec religio erit, perjurio se polluere. Quæ procul dubio moverunt Legislatorem Saxonicum, ut in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit.* XXXI. juramentum minorationis abrogaret, maxime, cum actori, cui aliæ probationes desint, juramentum deferendi facultas jam competat. In subsidium vero, quando actor, qui per vim ablativam vel expulsivam res amisit, damnumque passus est, probationibus destituitur, rectius vi *L. IX. C. unde vi* ad juramentum admittitur, quod *Zenonianum* vocatur, & reipsa

nimirum si pars adversa nihil novi amplius attulerit. Tacita conclusio est [f], quando non quidem expressis verbis causa judicis cognitioni submittitur, sed ex circumstantiis apparet, nihil nisi judicis sententiam superesse.

III. POST conclusionem in causa nihil amplius admittitur, quia, ut Doctores loquuntur, conclusio partibus os claudit, seu ulteriorem probationem & allegationem excludit *c.5. X. de caus. poss. & propr.* add. RUTG. RUL. *de Commiss. p.4. l.8. c.11. n.12.* aliquando vero judex conclusionem rescindere re ita exigente potest, & ulterius quid injungere, *c. cum Joannes* 10. *X. de fid. instrum.* RUTG. RULAND. *d. tr. p.1. l.6. c.8 n.9.* GAIL. 1. *obs* 107. *n.5.*

IV. ADMITTITUR tamen, ut post conclusionem in causa pro informatione judicis allegationes juris, item consilia & responsa prudentum, seu Doctorum exhibeantur, quae parti adversae non communicantur [h]. vid. CHURF. SAECHS. PROCESS-ORDN. *tit.29. §. ult.* GAIL. 1. *obs.107. n.13.* MYNSING. 3. *O.17. n.7.* ASINIUS *prax. jud. c 7. & 8. §.20.*

## TITULUS XIV. DE SENTENTIA JUDICIS.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Sententiae definitio.* L.42. ff. t.1. de re judicata, & de effectu sent. & de interlocut. II. *Divisio.* III. *Modus pronunciandi sententiam.* IV. *Quae in sententia observanda.* V. *Sententia non solum causa principalis finitur, sed & de fructibus, expensis & damnis deciditur.* VI. *Effectus sententiae.*

I. TANDEM sequitur sententia, quae est pronunciatio judicis [i], causae controversae decisionem continens. *l.1. ff. de re jud.*

II. ESTQUE vel interlocutoria [k], qua controversia, circa causam in judicium

juramentum in litem est, vi cujus damnum, quod passus est, ejusque aestimationem confirmat. HORN. *Diss. de jurament. Zenoniano.*

g) EAMQUE sigillatim tum etiam adesse, diximus supra, quando lex partium exhibita ad certum numerum adstringit. Iis enim in casibus judex causam ex officio habet pro conclusa.

h) VERUM de jure Communi nec ejusmodi documenta exhibere permittitur, cum invaluerit consuetudo in foris juris Communis, ut nihil pars altera actis inferat, super quo altera pars non audienda, quodque ipsi non communicandum sit. Et, si dicendum, quod res est, parum prosunt ea, quae ad judicis informationem exhibemus ad causae decisionem, cum vel ideo judex ea attendere nequeat, quia altera pars desuper non est audita. Hinc generatim quoque, quae post conclusionem in causa adducuntur nova, vel ex officio ab actis removere, vel tamen in decisione vilipendere fas est. Interim tamen necesse est, ut judex ipse ea, de quibus a partibus ante conclusionem rogatus est, quaeque in decisionem causae influunt, &, si Actis inferatur, diversam sententiam ab ea, quae forsan fertur, efficere possunt, ex officio compleat, & addat. Nec parti deneganda facultas, judicem eo nomine post conclusionem in causa admonendi *L. XV. C. de appellat.* LEYSER. *Spec. CCCCLXV. med. VI. seqq.*

i) VEL immediata, vel mediata, adhibito in consilium Collegio juridico. Quo ultimo tamen in casu, quia acta transmittenda sunt, moris est, ut terminus inrotulationis praefigatur, in qua partes primo dispiciant, num quis adsit defectus, quem suppleant ipsi vel judex, deinde beneficio, contra quaedam Collegia juridica excipiendi, utantur. Postea revisis Actis haec in praesentia partium sunt obsignanda, quo fidem habere possint, acta integra esse transmissa.

k) OMNIS sententia, si finem respicias, est definitiva. Nam omnis sententia dirimit li-

deductam emergens, & ad judicii ordinationem & firmationem pertinens deciditur. Dici solet interlocutio, (*ein interlocut-Urtheil, ein Bey-Urthel*) vel definitiva (*ein Endurthel*) qua ipsa causa principalis, in judicium deducta, deciditur. *d. l.2. ff. de re jud.*

III. PRONUNCIAT sententiam ipse judex habilis & competens, pro tribunali sedens, loco consueto, partibus litigantibus eorumve procuratoribus præsentibus, antea citatis [l]: aliquando etiam alterutra parte per contumaciam absente. GAIL. I. *obs.* 109. expresso judicis & partium nomine, ac recitatur sententia ex periculo seu scripto, in quo concepta. vid. *tot. tit. C. de sent. ex peric. recit.*

IV. IPSA sententia debet esse [m] 1.) juri conformis, alias si aperte contra Leges est, est ipso jure nulla; 2.) si definitiva fuerit, libello conformis, tum quoad rem petitam, ne reus in alia causa condemnetur, tum quoad causam petendi atque ita continere debet vel absolutionem ab eo, quod petitum est ex causa, vel condemnationem, *d. l.1. ff. de re jud.* 3.) actis conformis, 4.) certa, §.32. *I. de act.* vid. *l. ult. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* sive sit certa per se, sive ad certum quid referatur.

V. CONTINET vero sententia præter ipsius causæ, principalis decisionem, etiam condemnationem vel absolutionem ratione fructuum & expensarum, item damnorum restituendorum [n]. Quibus autem casibus fructus & damna sint restituenda, ex tribus libris prioribus, ubi de jure cognoscendo agitur, est colligendum. add. *tit. C. de fruct. & lit. expens.* Expensas litis quod attinet, regulariter victus victori ad illas restituendas condemnatur, nisi justam litigandi causam habuerit. vid. *t. t. I. de pæn tem. litig.*

tem inter partes hucusque agitatam. Quæ tamen, cum vel caput ad judicii ordinem, aut firmitatem pertinens, concernat, vel ipsam causam in judicium deductam directo, respiciat, distinctioni inter sententiam interlocutoriam & definitivam occasionem dedit. Quare sententia interlocutoria non est confundenda cum mera interlocutione, quæ consistit in decreto judicis, quo vel ipse vel ad instantiam partis ea expedienda injungit, quæ ad ordinem causæ pertractandæ spectant. Hæc enim neque prævia causæ cognitione datur, neque vim sententiæ habet.

l) AD publicationem sententiæ. Quod vel ideo necesse, quia sententia eum in finem fertur, ut legem inter partes constituat. Legem vero absque promulgatione vim obligationis non habere, per se patet. Est autem terminus iste publicationis mere arbitrarius. Ipsa e contrario publicatio actus maximi præjudicii. Ab ipso momento enim publicationis currere ex legis dispositione incipit spatium aliquod intermedium inter publicationem & obligationem, fatale nempe decendii, quo elapso sententia vim legis inter partes obtinet. Igitur curet judex, ut super actu publicationis conficiatur judicialis registratura, ex qua specifice, cui, & quo tempore atque hora publicatio facta sit, appareat.

m) VERBO, sententia juri, actis, & naturæ actionis institutæ debet esse conformis. Sæpius enim non deficit jus, deficit tamen probatio. Quare dispicere debet judex, quæ actio instituta, an probata, an elisa, eum & actor potuerit copia probationis abundare, quam tamen reprobatio facile concidere. Hinc judicet quoque, quid probatum, & de qualitate probationis se informet. Secundum acta enim & probata simpliciter pronunciare debet, non vero secundum conscientiam. Certe, etiamsi sciat, rem aliter se habere, quam ex Actis apparet, hæc tamen scientia non potest producere effectum, ut contra acta judicet. Præterea quidem, ut certa sit sententia, id est, ut litem de objecto controverso terminet, omnino necesse est, sed ideo non semper potest esse specifica, & quid, quale & quantum exprimere, cum actionis institutæ natura, quatenus illa vel universalis vel generalis, vel alternativa est, nec aliam, quam universalem, generalem vel alternativam sententiam ferat.

n) SUBSISTIT tamen nihilosecius sententia, etiamsi de his omnibus sileat, nec ideo nulla est, sed in rem judicatam omnino transit. Quare circumspectus sit pars, cujus interest, ut & damnorum, fructuum & expensarum mentio

VI. EFFECTUS sententiæ est, quod lis, seu tota, seu particula ejus in judicio occurrens, per eam decidatur, & post decem dies illa transeat in rem judicatam°, si nimirum intra istos remedium non adhibitum fuerit: de quibus remediis *tit.* 19. agetur.

## TITULUS XV. DE QUIBUSDAM INTERVENIENTIBUS IN JUDICIO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Ad accidentalia spectat I. Juramentum calumniæ.* II. *Ejus distinctio.* III. *Hodiernus usus.* IV. *II. Litis denunciatio.* V. *III. Interventio.* VI. *Quæ locum habet ob quodlibet interesse, & quovis tempore.* VII. *IV. Litis reassumtio.*

I. AD accidentalia (*vid. Tit.* 9. *aph.* 1. *h. l.*) judicii pertinet juramentum calumniæ, (*der Eyd vor Gefehrde*) quod aliquando, una vel altera parte exigente, præstandum. Est vero jusjurandum calumniæ, quo litigantes, vel procuratores eorum obtestantur, quod existimet, se bonam fovere causam, & litem bona fide absque fraude se persecuturos, vid. *tot. tit. C. de jurej. propter calumn. dand. & X. de jur. calumn.*

II. DIVIDITUR juramentum calumniæ in generale & speciale P. Generale est, quod ab utroque litigantium super tota causa præstatur: speciale, alias juramentum malitiæ, (*scilicet non committendæ*) est, quod in qualibet judicii parte tam ante, quam post litem contestatam exigitur.

III. HODIE secundum processum juris communis generale quidem juramentum calumniæ, parte exigente, præstandum est: *cap.* 1. *de juram. cal. in* 6. at jure Saxonico id usu non obtinet; Juramentum autem speciale etiam in foro communi non nisi eo casu, quo præsumtio malitiæ contra partem litigantem est, exigi potest. Similiter etiam in foro Saxonico specialiter exigitur ab eo, qui juramentum detulit, & præterea itidem ob præsumtionem malitiæ pro arbitrio judicis imponi potest. add. GAIL. 1. *obs.* 87. SETSER. *tr. de juram. l.* 3. *c.* 4. *n.* 36. CARPZ. *in Proc. tit.* 12. *art.* 1.

fiat in sententia, ne in rem judicatam patiatur transire sententiam.

o) QUAE, ut diximus, vim legis habet inter partes, *c. XIII. X. de sentent. & re judic.* tam firmam obligationem producentis, ut jus alterius partis inde quæsitum ipsi invito ne a Principe quidem possit interverti, *c. I. de Constit. in 6to.* Præterea non potest retractari *L. V. D. L. IV. C. de re judic.* In iis tamen capitibus, in quibus litigatoris non interest, rem judicatam jus ei non tribuere, docet LEYSERIUS *Spec. CCCLXX. med. X.*

p) UTRUMQUE exigitur ab omnibus, qui calumniam admittere possunt. Quod tamen fieri ab eo, qui ex officio agit MEVIUS *P. VI. Dec. CXXXVIII.* GAIL. *Lib. I. Obs. XC.* & a Consiliariis Principum, qui causas eorum in Camera tractant RECESS. IMPER. *de anno* 1654. *§. XLIII.* non præsumitur. Nec volunt jura, hanc præsumtionem cadere in eos, quibus reverentia debetur *L. VII. de obseq. parent. L. VIII. §. V. qui satisd. cogunt.* Utrumque est legale, & a judice, parte etiam non petente, injungi, &, parte licet petente, remitti potest *c. I. de juram. calumn. in 6to.* Utrumque præstitum a calumnia excusat, non a temeritate *L. LXXIX. de judic.* Generale vero semel tantum in exordio litis *c. VI. X. de juram. calumn.* præstatur, & excludit de jure Civili speciale, quod tamen correxit Jus Canonicum *c. II. de juram. calumn. in 6to.* Speciale vero sæpius, & quotiescunque malitiæ suspicio oritur, exigi ac præstari potest FRANZKIUS *ad. tit. de jurejur. n.* 57.

IV. PRAE-

IV. PRAETEREA sæpius judicium præcedit, vel etiam in ipso judicio accidit litis denunciatio, quæ fit a reo, in judicio convento, suo autori, sive a quo causam habet, ut nimirum liti assistat, & re evicta evictionem præstet: qua de re superius *Lib.* 3. *tit.* 20. *aph.* 15. add. CARPZ. *tit.* 4. *art.* 3.

V. PORRO etiam accidit aliquando interventio, qua nimirum tertius quidam circa litem inter alios motam id, quod ejus interest, adducit, & persequitur q. *Nov.* 112. *cap.* 1. *c.* 4. *de elect. in* 6.

VI. LOCUM hæc habet in omnibus causis, ubi quis interesse suum probare potest, & non solum ante sententiam & conclusionem, sed & post rem judicatam, ad avertendam executionem, intentari potest. vide CARPZ. *d. tit.* 4. *art.* 2.

VII. DEINDE juxta usum receptum litis reassumtione aliquando est opus r, quæ alterutro litigantium defuncto debet fieri ab heredibus. Novissimo tamen REC. IMP. de Anno 1654. §. *damit auch.* 99. ad lites abbreviandas statutum est, ut statim initio litis mandatum etiam ratione heredum concipiatur, adeoque non amplius opus sit reassumtione. Quibusdam tamen locis jus antiquum adhuc viget. CARPZ. *tit.* 5. *art.* 2. *n.* 14.

# TITULUS XVI. DE PROCESSU ARRESTI s.

## SUMMARIA.

APHOR. I. *In processu arresti singularis forma observanda*: II. 1.) *aditio judicis*. 2) *probatio liquidi*. III. 3.) *Justa causa*. IV. *Documentum arresti impetrati*. *Renovatio arresti primi*.

q) FIT interventio eum in finem, ut vel alterum ex partibus litigantibus excludamus, vel alteri ex litigantibus assistamus. Illa principalis dicitur, hæc accessoria. Illa processum inter actorem & reum suspendit, & novo processui inter alteram partem & intervenientem pertractando occasionem subministrat. Hæc in processu principali nil mutat, sed accessorie interveniens causam cum eo, cui assistere vult in eo statu, in quo eam invenit, continuat. Utraque quovis quidem tempore fieri potest, & principaliter interveniens adhuc in ipso termino executionis, & tamdiu audiendus est, quamdiu causa plene nondum finita est. Sin finita, separato processu jus suum persequi debet. Sed, qui accessorie intervenit, ut interveniat eo tempore, quo occasio alteram partem defendendi adhuc superest, res ipsa exigit. Uterque denique interveniens interesse suum prius demonstrare debet. Sed iterum, ut principaliter interveniens præterea, suum interesse præcipuum & interesse partis litigantis præferendum esse, demonstret, natura rei docet.

r) QUAMVIS enim successor præcise obligatus non sit ad litem ab antecess. re cœptam continuandam, sed renunciare etiam possit liti, interest tamen cum judicis, tum partis adversæ, ut sciant, an judicium antecessoris successor accipere velit nec ne, cumprimis, quia successor universalis, nisi processum continuet, expensas litis restituere debeat. Itaque litis reassumtio consistit in declaratione, utrum quis causam continuare velit. Eaque est vel minus solennis, & simplici declaratione absolvitur, etiam ab eo, qui non admonitus est, dum vel ille ipse, vel procurator ejus nomen ad Acta profitetur, utque nunc cum parte adversa litigare velit, significat; vel solennis, quæ peragitur prævia citatione, causæ cognitione, & accedente judicis sententia. Et hujus quidem evitandæ causa jussit RECESS. IMPER. *de anno* 1654. ut clausula heredum mandato inseratur. Sed facile patet, præsupponi casum, ut quis procuratorem constituerit, & heredem nactus sit. Sic vero, si vel nunquam adfuerit procurator, vel minimum tempore defuncti non adsit, itemque, si successorem quis habeat singularem, vix aliter peragi potest litis reassumtio, quam publice & solenni modo.

s) EST processus arresti semper præparatorius litis principalis, & duplicem finem habere potest. Vel enim arrestum in re debitoris impetramus, ut cogatur ille litem nobiscum su-

*V. Secunda arresti renovatio, exhibito simul libello arrestatorio. VI. Qui parti adversæ communicandus. VII. Effectus arresti.*

I. DIXIMUS de processu ordinario: agendum nunc est, antequam ea, quæ judicium sequuntur, exponamus, de processibus summariis & executivis; ad quos processus arresti videtur quidem pertinere, singularis tamen forma in eo obtinet, quæ in foro cumprimis Saxonico probe attendenda.

II. NIMIRUM 1.) adeundus est judex, & ab eo petendum, ut arrestum in re aliqua debitoris decernatur. Simul autem 2.) probetur necesse est, liquidum esse debitum, saltim per exhibitionem obligationis vel instrumenti, vel etiam per productionem testium, qui debitum confirmant, & judicem de eo certiorem reddunt. add. BERLICH. *p.* 1. *Decis.* 107.

III. PORRO 3.) desideratur, ut justa causa subsit arrestum petendi, quod scilicet debitor ære alieno sit gravatus, vel quod alio modo non satis commode creditor debitum possit consequi.

IV. HISCE in eo observatis & demonstratis, judex arrestum decernit, & impetratum esse arrestum attestatur. A quo tempore impetrati arresti si quatuordecim dies elapsi fuerint, arrestum prima vice est renovandum, & quidem ipso die decimo quarto renovatio fieri debet, quod tamen extra Electoratum in hisce terris non ita stricte observatur, sed unus vel alter dies non accurate attenditur. Hanc renovationem factam esse, iterum judex, dato arrestanti documento, testatur.

V. POST elapsos rursus 14. dies arrestum secunda vice venit renovandum, & quidem itidem ipso die 14. Simul vero etiam libellus arrestatorius (*Kummerklage*) est offerendus judici: in quo nimirum creditor seu actor arrestans, perinde ut in alio libello, causam & factum enarrat seu proponit judici, & insuper addit, arrestum se petiisse & impetrasse, & debito modo renovasse, adeoque petit, ut arrestum in formali-

scipere coram judice loci, qui arrestum imposuit, etiamsi alias ratione personæ rei incompetens sit, isque processus habet effectum solum prorogatæ jurisdictionis. Vel arrestum petimus, ut credito nostro non privilegiato, si indicia adsint, debitorem non solvendo fore, jus reale conciliemus prius, quam super ipso debito litem principalem suscipiamus. Hunc processum arresti jus Commune ignorat, illeque ipse Saxonibus sigillatim cognitus, sed in Electoratu per Ordinationem Processus Saxonici Recognitam iterum sublatus est. Nec ad priorem processus arresti speciem, sed ad posteriorem forma pertinet ab Auctore suppeditata. Uterque tamen in eo convenit, quod I) adesse debeat debitum, etsi non præcise liquidum, verum tamen, quod existit, II) periculum in mora, quod forsan debitor de fuga suspectus, morosus, valde obæratus sit. MEVIUS *de arrest. cap. VI.* LEYSER. *Spec. CCCCLXXV. med. I. sq.* Utrumque igitur, ut arrestum impetrans aliqualiter demonstret, & præterea judex circumspectus sit, ne demonstratione facta arrestum denegat, aut ad nuda asserta arrestum concedat, necesse est. Quodsi vero judex admittat arrestum, idque finem consequendi juris realis habeat, de renovatione cogitet impetrans & postea libellum actionis exhibeat, *die Kummer-Klage*, in qua doceat, se in impositione arresti formam adhibuisse, quam lex præscribit, ipsumque vero simul debitum processu principali discutiendum in litem deducat. Sin prorogandæ solum jurisdictionis causa impetratum sit, libellum principalem statim exhibere fas est, nec facile renuit judex, ut arresti relaxationem concedat, si debitor cautionem de judicio suscipiendo afferat sufficientem. Si nec hanc, arrestum recte continuat, usque dum lis principalis finita est, utque creditori ex re, cui arrestum impositum est, satisfiat, interveniente executione curat. vid. LUDOVICI *Einleit. zum Civil-Proc. cap. IV.*

bus pronuncietur legitimum, & sibi inde competere jus reale in bonis arrestatis, & præferendum se esse omnibus aliis creditoribus, jus potius non habentibus, petit etiam recognitionem documentorum, quibus scilicet debitum ipsius probatur.

VI. UTI vero ipsa statim petitio arresti, nec non renovatio primo loco seu prima vice facta, parti adversæ est a judice denuncianda: ita & libello arrestatorio oblato, parti adversæ hic una cum documentis transmittendus, atque certus dies præfigendus, & debitor citandus est, quo respondeat & documenta recognoscat; & tunc ulterius proceditur, uti in processu executivo.

VII. EFFECTUS igitur arresti est, quod arrestum legitime impetratum & renovatum tribuat jus pignoris prætorii a die impetrati arresti, ideoque etiam arrestanti competat jus in re in bonis, ut alias in pignoribus. vid. latius CARPZ. *in Proc. Tit.* 21. *art.* 1. *seqq.* item DAVID. MEVIUS *integro tr. de Arresto.*

## TITULUS XVII. DE PROCESSU SUMMARIO[s].

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Processus summarius.* II. *Causæ, in quibus locum habeat.* III. *Aliquando causa ordinaria summarie tractatur.*

I. PROCESSUS summarius seu extraordinarius est, ubi, non servatis solennitatibus ordinariis solum ea, sine quibus processus non potest ullo modo subsistere, observantur. Nimirum, ut qualis qualis facti narratio & petitio ab actore fiat, reus a judice competente citetur, citatus respondeat, probatio injungatur, & sine solenni disputatione attestationum statim sententia feratur.

II. LOCUM habet hic processus in causis, quas vocant, summariis seu extraordinariis, nimirum 1.) in novi operis nunciatione, 2.) in debitis tributorum & aliorum onerum publicorum, 3.) in actione ad exhibendum, 4.) in causa alimentorum, 5.) in causa legatorum & fideicommissorum, cumprimis ad pias causas, 6.) in matrimonialibus, aliisque causis Ecclesiasticis, 7.) in remedio ex L. f. C. de edicto D. Hadriani toll. 8.) in possessorio summariissimo, 9.) in processu ex Lege Diffamari, 10.) quando agitur de operis Magistratui, seu nobilibus præstandis, 11.) quando agitur de obsequio parentibus & Magistratui præstando, 12.) in causa depositi, 13.) in concedenda restitutione in integrum, 14.) in causa pia, v. gr. Ecclesiarum, Academiarum, vel etiam universitatis, 15.) in causa fisci, 16.) in causa miserabilium personarum, 17.) in salariis & mercedibus, 18.) in causis mercatorum. vid. JACOB. SCHULTES *obs.* 3. JOH. ZANG. *de except. p.* 1. *c.* 1.

s) PROCESSUS summarius dicitur, qui substantialia quidem processus & ordinem, quem ipsa natura rei controversæ exigit, servat, solennitatem vero legalem non exposcit. Sufficit simplex judicis imploratio. Sufficit congrua responsio. Sufficit aliqualis demonstratio, quæ ne quidem ad certum fatale est adstricta, nisi judex abbreviandæ litis causa certum probationi terminum præstituerit. Adhibetur vero vel ex speciali privilegio personæ, vel ex speciali privilegio causæ, vel ob imminens Reipublicæ aut litiganti irreparabile fere præjudicium ex discussione causæ diutius dilata. Sic controversiæ studiosorum, rusticorum, sic causæ Ecclesiasticæ, sic causæ alimentorum, vectigalium, novi operis nunciatio, summario processu expediuntur. Ubique tamen lex

III. ALIQUANDO etiam judex, ex certa ratione, causam alias ordinariam summariter tractat, vel etiam ipsæ partes litigantes inter se conveniunt, ut causa summariter expediatur. CARPZ. *in proc. Tit.* 2. *art.* 1. §. 5. *n.* 56. *& seqq.*

## TITULUS XVIII. DE PROCESSU EXECUTIVO.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Processus executivus.* II. *Locum habet in liquidis instrumentis.* III. *Modus procedendi.* IV. *Admittuntur exceptiones nonnisi peremtoriæ:* V. *Cujusmodi recensentur.* VI. *Testes regulariter non admittuntur.*

I. PROCESSUS executivus vocatur, quando, itidem absque solenni processu, de simplici ac plano causa agitatur, & ad ipsam statim executionem properatur.

II. LOCUM habet hic processus in chirographis ac instrumentis paratam executionem habentibus [*]. vid. COLER. *integr. tr. de proc. execut.* quæ instrumenta etiam guarentigiata appellantur, seu liquida & indubitata.

III. MODUS procedendi ita se habet, ut actor judici causam breviter exponat, &, instrumento simul exhibito, recognitionem ejus ac paratam executionem petat. Reus citatus vel recognoscere, vel jurato diffiteri instrumentum debet [x]. Facta recognitione, statim condemnatur reus, vel si forte sit contumax, accusata contumacia iterum citatur sub pœna recogniti: denuo vero reo contumace, instrumentum habetur pro recognito, ac itidem reus condemnatur. Sin vero jurato diffiteatur reus instrumentum, adsolvitur. vid. uberius CARPZOV. *in proc. Tit.* 22. DEC. EL. 12.

IV. ADMITTUNTUR tamen etiam in hoc processu exceptiones peremtoriæ [y],

permissive adesse debet. Alias enim judex invita altera parte modum procedendi ordinarium mutare, vel de solennitatibus aliquid remittere nequit.

*u*) VEL potius, processum executivum instruit confessio partis adversæ scripta, ita comparata, ut, quid, quale, quantum, cui, quo tempore & ex qua causa præstare debeat, inde appareat; sic vero ex tali instrumento probatio omnium capitum libelli, quæ facti speciem concernunt, parata sit. Tum enim, cum ad condemnandum reum nihil amplius requiratur, permittunt jura, ut probationem libello statim adjungere, & judicis sententiam condemnatoriam petere possimus. Imo, si documentum publicum sit, cui vis probandi per se inest, judex statim solutionem injungit, sub comminatione executionis. Privatum vero documentum, quia non probat, nisi agnitum, hunc solum effectum producit, ut judex terminum præfigat, in quo reo copia documentum inspiciendi detur, eo fine, ut vel agnoscat documentum, vel illud diffiteatur. Hoc vero si faciat, absolvitur, illud, si peragat, condemnatur. Quodsi demum ad rigorem cambialem debitor, qui obligationem ex cambio recipere potest, sese obligaverit, non quidem cessat facultas ipsi competens vel agnoscendi vel jurato diffitendi documentum. Non tamen opus est, ut præcedat citatio vel admonitio de solvendo, sed citatio realis locum habet, & nisi in continenti debitor se cambium scripsisse & subscripsisse, interveniente juramento, neget, carceri tamdiu mancipatur, donec id, quod in cambio est, præstiterit. Sic vero in processu executivo executio in bona debitoris, in cambiali in personam ejus dirigitur.

*x*) ET huc recte applicantur, quæ supra de recognitione & diffessione documentorum diximus, ubi de probatione sermo erat. Nec dubitamus, quin & in processu executivo locum habere possit comparatio literarum & recognitio per testes, ut juratam diffessionem declinemus, per ea, quæ tradit BERGER. *in Programm. Elect. Proc. Executivi adjecto.*

quæ sæpius reservantur post factam recognitionem, quæ tamen exceptiones in hoc processu non aliter admittuntur, quam si in continenti possint probari; alias nihilominus condemnatur reus, & sententia executioni mandatur; exceptiones vero illiquidæ ad reconventionem remittuntur.

V. EJUSMODI exceptio est 1.) solutionis, 2.) compensationis, 3.) usurariæ pravitatis, 4.) simulationis, 5.) SCti Macedoniani, 6.) excussionis seu ordinis, 7.) erroris calculi, 8.) non numeratæ pecuniæ, 9.) non secuti implementi, seu non adimpleti contractus. Ac in genere istæ exceptiones contra instrumentum liquidum opponi possunt, quæ ex natura ipsius contractus dependent, & in continenti demonstrari queunt. COLER. *d. tr. p.* 4. *c.* 1. *n.* 48. *seqq.* BERL. *p.* 1. *concl.* 84. *n.* 1. *seqq.*

VI. DICITUR vero exceptio in continenti probata, quæ fit per instrumenta, vel ex ipsius actoris confessione. Probatio vero per testes regulariter non admittitur, multo minus juramenti delatio: aliquando tamen ex æquitate, & si judici ita singulariter visum fuerit, probatio per testes admittitur, ita ut intra terminum certum, nimirum Saxonicum in foro Saxonico examinentur testes, atque ita tota probatio intra hunc terminum adsolvatur, nec accedunt ea, quæ alias in processu ordinario desiderantur. vid. CARPZOV. *d. tit.* 22. *art.* 4. *n.* 26. *& seqq.*

# TITULUS XIX. DE PROCESSU SECUNDAE INSTANTIAE[a].

## SUMMARIA.

APHOR. I. *Sententia impugnatur. I. per remedium nullitatis.* II. *Ob quas causas nulla dicatur sententia.* III. *Quo tempore hoc remedium proponendum.* IV. *Quis eo possit uti.* V. *Coram quo.* VI. *Effectus hujus remedii.* VII. *II per leuterationem.* VIII. *Processus contra contumaces.* IX. *III. per superleuterationem.* X. *IV. per supplicationem.* XI. *V. per restitutionem in integrum.* XII. *VI. per appellationem.* L. 49. ff. t. 1. de appellat. & relation. XIII. *Quibus in causis hæc admittatur.* XIV. *Ejus forma.* L. 49. ff. t. 3. quis, & a quo appelland. L. 49. ff. t. 4. quando appelland. sit & intra quæ temp. XV. *Fatale appellationis interponendæ; item petendi apostolos.* L. 49. ff. t. 6. de libell. dimiss. qui apost. dic. XVI. *Introducendæ.* XVII. *Introductio appellationis.* XVIII. *Fatale justificandæ.* XIX. *Modus procedendi.* XX. *Effectus appellationis.* XXI. *Quis exequatur sententiam.* XXII. *Processus contra contumaces.* XXIII. *VII. per revisionem actorum.* XXIV. *Formalia & materialia in remediis suspensivis attendenda.*

y) IMO & dilatoriæ, quæ eo spectant, ut judicio firmitatem & stabilitatem conciliemus. Quod autem peremtoriæ debeant esse liquidæ in continenti, id inde est, quia liquidum, quod ex actione in oculos incurrit, sub prætextu illiquidi remorari non potest. Quatenus vero reus parata habet media probandi, omnes omnino exceptiones admittuntur, quæ jus actoris excludunt. Non autem de jure Saxonico alia probatio pro liquida habetur, nisi, quæ ex documentis guarentigiatis, quæ supra descripsimus, desumitur. De jure vero Communi admittitur etiam juramenti delatio STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. de jurejur.* §. *XXIII.* MARTINI *in Proc. Tit. XXXIX.* §. *III. n.* 89. Quod tamen ita intelligendum esse puto, ut præstatio juramenti omne dubium de obligatione rei tollat. Sin ambigua nihilosecius res sit, præstat, juramenti delationem rejicere, & rei exceptiones ad reconventionem ablegare, quam jus actoris liquidum & executionem sub prætextu illiquidi remorari.

a) AUCTOR hoc loco vocem instantiæ in sensu Grammatico accipit, & per processum secundæ instantiæ omnem causæ controversæ post sententiam denuo peragendam cognitionem intelligit, quæ eum habet finem, ut appareat, an

I. JUDICIUM primæ instantiæ per sententiam finitum; si hæc vel illa pars litigans in illa non acquiescat, sequitur sententiæ ab effectu rei judicatæ suspensio vel oppugnatio. Nimirum 1.) per remedium nullitatis, quo ob vitium seu defectum sententia dicitur ipso jure nulla. vid. *tot. tit. D. quæ sent. sin. appell. rescind. & tot. tit. C. qu. provocar. non est nec.*

II. NULLA vero dicitur sententia [b] 1.) ob defectum in personis judicium constituentibus, quando scilicet judex vel est incompetens, vel suspectus, vel etiam actor aut reus, ejusve procurator est inhabilis, 2.) ob non servatum ordinem judiciarium, 3.) ob defectum in ipsa sententia, ut si prolata sit manifesto errore contra jus, si ex falsis instrumentis, si contra rem judicatam.

gravamen, de qua pars adhibito remedio suspensivo conquesta est, quodque corrigendum esse asserit, correctione indigeat. Et eatenus omnia remedia suspensiva huc pertinent. Proprie autem processus secundæ instantiæ is dicitur, quando provocatione ad superiorem facta ab hac causæ cognitio denuo instituitur. Sunt autem remedia, quibus contra sententiam gravantem utimur, vel extraordinaria, vel ordinaria. Extraordinaria etiam post rem judicatam locum habent, vel minimum ad decendium, quod leges remediis ordinariis præscripserunt, non alligantur. Sic contra rem judicatam minores, quique eorum jure fruuntur, ex capite læsionis restituuntur in integrum. Nec nocet res judicata, ne in Camera Imperii ad remedium revisionis, in Judicio Imperii aulico ad remedium supplicationis confugiamus. Sic etiam in causis, in quibus sententiæ in rem judicatam plane non transeunt, v. c. in criminalibus, in matrimonialibus, item, quando sententia nullitate insanabili laborat, add. BÖHMERI *Diss. de sentent. in rem judic. non transeunt.* per modum deductionis, defensionis, querelæ nullitatis gravamen corrigere possumus. Quod autem remedia ordinaria attinet, illis semper utimur ad suspendendas rei judicatæ vires, & sic etiam, quomodocunque nominentur, ad decendium adstringuntur, quamvis præter effectum suspensivum adhuc effectum devolutivum, ut appellatio, habeant, & causa non a judice, qui sententiam tulit, sed a judice superiori cognoscenda sit denuo. In eo itaque omnia remedia ordinaria conveniunt, ut I) intra decendium a tempore publicatæ sententiæ interponenda sint, II) ut præsupponant gravamen verum illatum, quod vel præjudicium in continenti & præsens adjectum habet, vel minimum, nisi corrigatur, ratione futuri damno irreparabili afficit. III) ut, qui eo utitur, præcise & sub pœna desertionis formalis a lege cuicunque remedio præscripta servare debeat, IV) ut, quando recipitur remedium, & causa denuo in præfixo termino cognoscitur, gravatus non solum demonstrare debeat, se formalia observasse, sed etiam ulterius, se in materialibus & meritis causæ gravatum esse deducat. Quod, sive fiat per modum prosecutionis, sive per modum deductionis, sive per modum justificationis, perinde est. V) Ut generatim gravatus remedium eligat, cui lex vel consuetudo tanquam remedio suspensivo effectum suspendendi rem judicatam tribuit. Non enim ubique v. c. leuteratio, ut in Saxonia, admittitur, sed in locum ejus vel revisio actorum, vel supplicatio succedit, quæ in Saxonia iterum incognita est. Cumque gravatus sibi non possit remedium fingere, sed id eligere, quod publice approbatum est, facile quoque apparet, nullum remedio protestationis simplici tribui posse effectum suspensivum.

*b*) QUERELA nullitatis partim extraordinarium, partim ordinarium remedium est, gravamen corrigendi. Ut extraordinario ea utimur, quando nullitas est insanabilis. Est vero talis in duplici sensu, nimirum vel absolute, quando judex sententiam tulit in processu, qui substantialia requisita non servavit, eaque & de jure Imperii per RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. *CXXI.* & de jure Saxonico BERGER. *Elect. Discept. Forens. p.* 1017. in perpetuum urgeri potest, nec præscriptionem admittit, vel secundum quid, quando sententia vel legi publicæ, vel legi privatæ, quæ nempe jam jus fecit inter partes, directo contraria lata est, eaque de jure Imperii intra triginta annos, de jure Saxonico intra terminum Saxonicum urgeri potest, eaque, nisi in continenti liquida sit, executionem non suspendis, vid. tamen MENCKE *Tract. Synops. Proc. Tit. XXXVIII. §. X.* Reliquæ omnes nullitates vel per remedium nullitatis, tanquam ordina-

III. REMEDIO nullitatis jure communi non nisi 30. annis præscribitur: jure vero Saxonico intra terminum Saxonicum nullitas est proponenda. vid. CARPZOV. *in proc. tit.* 29. *art.* 3. add. ORD. CUR. PROV. JEN. *cap.* 36.

IV. NULLITATEM proponere potest quilibet ratione sui gravaminis vel præjudicii, adeo ut etiam tertius interveniens, qui ratione sui interesse quæstionem movet, merito audiendus sit; modo de suo interesse saltim summarie doceat. GAIL. I. *obs.* 70. MYNSING. 2. *obs.* I.

V. EST vero in arbitrio alicujus, velitne coram eodem judice, qui nulliter judicasse dicitur, nullitatem deducere, an vero coram judice superiore. GAIL. I. *obs.* 127. *num* 7. Monent vero Practici, consultius esse nullitatem cum appellatione cumulare, quam simpliciter nullitatem deducere SEBAST. VANTIUS *tr. de Nullit. tit. quot & quibus mod. num.* 31. BERL. *p.* I. *Concl.* 61. *n.* 15.

VI. SI nullitas in continenti probari possit, per querelam nullitatis executio sententiæ differtur, sin vero longior desideretur causæ cognitio, haud impeditur executio. BERLICH. *d. loc. num.* 11. CARPZOV. *d. loc. tit.* 19. *art.* 3.

VII. IN foro Saxonico recepta quoque est leuteratio, quæ est interponenda intra 10. dies a momento publicatæ sententiæ, & inseritur leuterationi gravamen, quo quis sibi existimat injuriam factam in sententia. Interposita ita & suscepta leuteratione, a judice, intra terminum Saxonicum citatio ad terminum certum, quo leuteratio prosequenda, & impetranda. Die isto præfixo leuterans iterum gravamina sua repetit, & leuteratus respondet & ita alternis vicibus concludunt. In arbitrio quoque est leuterati, an velit simpliciter ad acta priora se remittere. vid. CHRISTOPH. FRID. *in proc. cum not. Nic. tit.* 101. *& seqq.*

VIII. SI forte leuterans in termino prosecutionis non compareat, cum nec excusationem attulerit, nec dilationem impetraverit, leuteratio pro deserta habetur, & leuterans in expensas condemnatur. Quodsi vero leuteratus non comparuerit, leuterans ejus accusat contumaciam, & alius terminus præfigitur, & in expensas hujus termini condemnatur leuteratus: si vero iterum non compareat, sententia super causa fertur.

IX. IN nonnullis curiis recepta quoque est superleuteratio seu oberleuteratio. Si nimirum sententia prima in leuterationis instantia sit confirmata, vel etiam illi quid adjectum, tunc idem, qui leuterationem proposuit, etiam oberleuterationem adducit cum gravaminibus suis, & eodem modo proceditur, quo in leuteratione. vid. CARPZ. *in proc. Tit.* 17. *art.* I.

X. IN aliis terris adhibetur remedium supplicationis [c], quod itidem intra 10.

rium, quando, ut tale approbatum est, seorsim, vel per remedium nullitatis cum alio remedio cumulatum intra decendium proponendæ sunt STRYCK, *Introd. ad Pr. Forens. cap.* XXIII. §. XXVII.

c) QUOD itidem, quatenus ut ordina-

dies est adhibendum, & dicitur supplicatio, quando ipsi judici, qui sententiam tulit, preces offeruntur, quibus petitur, ut propter gravamina, quæ afferuntur, sententia prior retractetur & corrigatur. add. *R. A. zu Speyer de anno* 1600. *§. es soll aber den Unterthanen* 60. BERL. *p.* 1. *concl.* 60.

XI. REFERRI etiam huc potest restitutio in integrum [d], qua non solum minores, item civitates & universitates, utuntur contra sententiam, qua læsi sunt, (qua de re supra) sed & nonnullis in locis receptum est, ut occasione generalis clausulæ, quæ habetur *l.* 1. *§. f. ex quib. caus. maj.* 25. *ann.* in genere contra quamvis sententiam, qua quis læsum se dicit, instar alius remedii suspensivi, coram eodem judice adhibeatur remedium restitutionis in integrum.

XII. HAEC remedia, ut diximus, coram eodem sæpius judice, de cujus sententia conquerimur, proponuntur. Sequitur appellatio, quæ est actus, quo inferioris judicis sententia, aliudve factum [e], iniquitatis arguitur, ac superioris decisioni caussa legitime committitur. *l.* 1. *pr. ff. de apell.*

XIII. ADMITTITUR regulariter appellatio in omnibus caussis, civilibus & criminalibus, secundum jus civile: hodie tamen in criminalibus non admittitur. Præterea excipiuntur certi casus, nimirum 1.) quod non liceat appellare a sententia in possessorio summariissimo, 2.) in caussis moram non ferentibus, ut alimentorum, item refectionis ædificiorum, 3.) non licet appellare ab executione.

XIV. FORMA appellationis consistit in legitimo ordine, modo & tempore. Ordo justus est, si gradatim ab inferiore ad superiorem [f] fiat. Modus appellationis in

rium remedium approbatum est, ad fatale decendii adstringitur. Ut extraordinarium vero in INSTRUM. PAC. WESTPHALICAE *art. V. §. LV.* approbatum est, & in Judicio Imperii aulico ita frequentatur, ut gravatus per sententiam intra biennium Imperatorem imploret, velit ille caussam denuo cognoscere, & gravamen corrigere.

*d*) QUAE denuo iis in locis, ubi remediis suspensivis annumeratur, a reliquis nominetenus solum differt. Quatenus vero minores, & qui his æquiparantur, eo beneficio contra rem judicatam utuntur, ea observanda sunt, quæ supra ad *tit. de Restit. in integr.* tradidimus.

*e*) PRAESUPPONIT itaque appellatio æque, ac alia remedia suspensiva, gravamen, non tamen præcise per sententiam, sed qualecunque a judice inferiori, dum officio suo deest, illatum. Suspendit ubique caussæ cognitionem, & judex inferior, qui pendente appellatione procedit, attentatum & spolium committit. Non tamen semper processui appellationis locum facit, sed tum demum, quando per sententiam gravamen infertur. Judicem enim limites officii excedentem, vel minus recte procedentem superior potius brevi manu officii sui admonet, cum, an officio defuerit nec ne, ex Actis statim patefiat. Semper etiam appellatio præter suspensivum effectum devolutivum habet, eum eo fine fiat, ut judex superior corrigat gravamen. Nec hunc effectum unquam amittit. Quamvis enim sint casus, ubi appellatio executionem non suspendat, judicis tamen inferioris non est, ut de appellationis admissibilitate judicet, sed nihilosecius res illius decisioni committenda, ad quem appellatio dirigitur.

*f*) ET quidem ad proxime superiorem. Neque enim instantiam intermediam prætergredi fas est. Sic vero appellatio ad parem & appellatio per saltum prohibita est. Si plures judices superiores concurrant, eligere potest appellans, quem velit. Sed post electionem, si caussa semel devoluta, variare non potest, nec ob idem gravamen ad alterum judicem recurrere. Quodsi

eo

eo consistit, quod vel fiat judicialiter, h. e. judex superior adeatur, & ipsi appellatio offeratur, cum petitione, ut judici a quo insinuetur, & apostoli, ut vocant, reverentiales petantur; vel etiam coram notario & testibus [i], ita ut instrumentum, super appellatione confectum, judici a quo offeratur. CARPZOV. *in proc. tit.* 18. *n.* 1. *& seqq.* Tempus denique appellationis seu fatalia observanda sunt triplicia: 1.) appellationis interponendæ, 2.) introducendæ, 3.) justificandæ seu prosequendæ.

XV. PRIMUM quod attinet, tempus scilicet interponendæ, intra 10. dies interponenda venit, computandus a die latæ sententiæ, modo quis, ejusve procurator sciverit, vel scire debuerit, eam esse pronunciatam: & currit hoc tempus de momento ad momentum. Appellatione ita legitime interposita, apostolos intra 30. dies appellans petere tenetur [h]. *Clem. quamvis.* 2. *de appell. l. un. ff. de libell. dim.* Dat vero judex a quo vel apostolos reverentiales [i], si nimirum defert appellationi, vel refutatorios, quando appellationi non defert.

XVI. TEMPUS introducendæ appellationis coram judice ad quem, jure communi definitum quidem non est, sed arbitrio judicis a quo committitur, & præfigitur. In Camera Imperiali statutum est spatium semestre; in foro Saxonico præfixum est tempus unius mensis, computandi a die, quo dati sunt apostoli. Licet vero judex a quo det refutatorios apostolos, nihilominus judex superior potest deferre appellationi.

XVII. RITE vero apud superiorem judicem introducenda est appellatio, exhibitis apostolis, per supplicationem pro citatione [k], inhibitione [l], & compulsorialibus, ut nimirum pars adversa citetur ad appellatiouis processum suscipiendum, & judici a quo inhibeatur, ne quid ulterius in causa attentet, & compellatur, ut acta prioris instantiæ edat [m].

tamen alter judex gravamen semel correxerit, & postea judex inferior denuo gravet, quamvis in eadem causa, existimarem ego, ob novum gravamen appellantis jus eligendi reviviscere, nec jus illi judici superiori ex causa semel devoluta esse quæsitum, ut & ob novum gravamen appellatio ad se dirigi postulet. Cæterum appellationem semper judici a quo exhibendam esse, finis appellationis indicat.

*g*) IN subsidium nempe, regulariter, quando judex a quo appellationem recipere nolit, copiam sui non faciat, vel periculum immineat appellanti ex insinuatione appellationis.

*h*) ET ex more quorundam judiciorum etiam sub pœna desertionis redimere. Petit autem de jure Romano iterata vice, de jure Canonico semel, per formulam tamen instanter & sæpius.

*i*) QUAE testimonium solum continent, appellationem rite esse interpositam.

*k*) DE Jure Imperii petere solent appellantes, ut judex superior concedat processus appellatorios, & causam judicet devolutam, postea demum citationem pro justificatione peragenda exposcit appellans.

*l*) QUAE tamen non eum effectum habet, ut nunc demum judex inferior a causæ cognitione desistat, hic enim effectus jam appellationis insinuationi inest, nisi cogites casum, quo judici non attenta appellatione procedere licet, sed datur potius eum ob finem, ut judex certior reddatur de intentione judicis superioris, causam denuo cognoscendi.

*m*) NISI jam ea exhibuerit judex appellanti, quod regulariter facere debet. In Saxonia etiam, ubi judici incumbit necessitas, ut post redemtionem apostolorum Acta ad judicem superiorem ipse mittat, & de statu causæ referat, tum compulsoriales effectum habebunt, quando judex inferior in transmittendis Actis negligens est.

XVIII. TERTIUM fatale, appellationis scilicet justificandæ, est spatium unius anni, vel, si justis ex causis appellans impediatur, biennii; nisi secundum ordinationes judiciorum, vel a judice brevior terminus sit statutus. Intra istum terminum justificanda est appellatio per deductionem gravaminum.

XIX. PROCEDITUR autem in appellationis instantia eodem modo, quo in priori, & denuo causa agitur, & quæ in priori instantia prætermissa, in hac proponuntur. Novis itaque exceptionibus peremtoriis, ante forte omissis, item novis probationibus uti potest appellans: non tamen alios testes super iisdem vel contrariis articulis producere licet.

XX. EFFECTUS appellationis legitime interpositæ est, quod per appellationem devolvatur causa ad superiorem, & sententia, ab inferiore lata, suspendatur, ut executioni dari nequeat. Quodsi igitur pendente appellatione attentatum innovatumque quid fuerit, super attentatis imploratur judex ad quem, ut illa in pristinum restituat. vide LANCELLOT. *in tr. de attentatis.*

XXI. DISCUSSA porro appellationis causa, judex superior priorem sententiam aut confirmat, & tunc remittitur causa [n] & executio ad priorem judicem; aut corrigit, & tunc ipse judex superior sententiam suam exequitur [o]. add. CARPZOV. *tit.* 18. *art.* 6. *n.* 41. *seqq.*

XXII. QUODSI debito modo appellatio non fuerit justificata, uti loquuntur, appellatus accusat appellantis contumaciam, & tunc appellatio pro deserta habetur, & appellans in expensas condemnatur.

XXIII. DENIQUE remedium quoque suspensivum est revisio actorum [p], in Camera receptum; quæ est remedium extraordinarium, quo iis, qui sententia Camerali se læsos conqueruntur, ex quadam benignitate per commissarios Imperatoris & Statuum Imperii ad id deputatos, succurritur, quibus alio beneficio succurri amplius non poterat. vid. CAMMER-GERICHTS-ORDN. *part.* 3. *tit.* 51. & 53. BENDER. *tr. de revis,* GAIL. 1. *obs.* 154. & 155.

n) QUOD, ut fiat, ille, qui victor ex processu appellationis abiit, efficere studet, dum de remissorialibus decernendis judicem superiorem implorat.

o) QUIA judex inferior, qui semel gravamen intulit, semper gravare velle præsumitur. Quare, etiamsi de lite principali nondum sit lata sententia, tamen judex superior causam in suo judicio finiendam curat.

p) QUAE iterum vel extraordinarium vel ordinarium remedium est. In multis enim Germaniæ judiciis in vim remedii suspensivi revisionem actorum urgere licet. Quando vero in Camera Imperii ut extraordinarium remedium adhibetur, intra quatuor menses a tempore publicatæ sententiæ apud Electorem Moguntinum interponitur, in omnibus casibus, in quibus ab inferiori judice appellatio permissa fuisset: Postea præstito prius juramento revisorio ab eo, qui se gravatum dicit; certi constituuntur revisores jurati, qui causam denuo cognoscant. Quæ omnia & plura collige ex ORDINAT. CAMER. *alleg.* & RECESS. IMPER. de anno 1654. §. *CXXIV. seqq.* add. MENCKE *Tract. Synops. Proc. Tit. XXXVII.* §. *XIV. seqq.*

XXIV. Ex dictis patet, quod & advocatus & judex ad duo debeant attendere in remediis ejusmodi suspensivis, nimirum ad formalia & materialia. Formalia vocantur observationes fatalium, materialia dicuntur ipsa gravamina.

# Titulus XX. DE EXECUTIONE SENTENTIAE.

S U M M A R I A.

Aphor. I. *Executio rei judicatae*. II. *Forma executionis*. III. *In rebus oppignoratis electio est creditoris*. IV. *Subhastatio*. V. *Res executioni exemtae*.

I. Quodsi sententia vel in prima, vel in secunda instantia transierit in rem judicatam, & victus sponte non praestet, quod sententia exigit, succedit rei judicatae executio, quae est actus, quo per Magistratum q id, quod per sententiam pronunciatum est, victori praestatur. vid. *tot. tit. C. de exc. rei jud.*

II. Forma & processus executionis consistit in legitimo modo & tempore. Modus est, ut, si quidem species aliqua, v. gr. fundus vel aedes, sit restituenda, in isto corpore ipsa executio fieri debeat: *l. 68. ff. de R. V.* si vero r debiti solutio, vel aestimatio, aut interesse praestandum sit, juxta ordinem in *l. 15. §. 2. ff. de re jud.* procedendum est, ut videlicet 1.) executor res victi seu condemnati pignori capiat s, initio facto in rebus mobilibus: quodsi mobilia deficiant, aut debitis non sufficiant, ad res immobiles proceditur: quibus iterum non extantibus, postremo ad jura t & nomina u

q) Quando pars victrix instat. Nam ex officio magistratus executionem decernere nequit. Magistratus vero auctoritas ideo requiritur, quia nemo sibi ipsi jus dicere potest.

r) Si e contrario factum a reo praestandum sit, mandatis poenalibus procedendum est, vel executio in personam decernenda refractariam. Si de omissione facti lis ventilata, itidem praeceptum prohibitivum poenale judex decernat, vel, quod consultius est, eum, qui factum omittere debet, ad sufficientem cautionis praestationem adigat, quae in casum contraventionis in commissum cedat, & parti victrici loco interesse cedat.

s) Quem ordinem ab Auctore adductum in Saxonia Electorali praecise non servant, sed arbitrio victoris relinquunt, quanam in re executionem decerni velit, modo, quod & de jure Communi praesupponendum, res, in qua executio decernitur, debitoris propria sit.

t) Si tamen jura sint personalia, v. c. ususfructus, ita executio peragenda est, ne tertio, qui post debitoris mortem rem sibi vindicat, praejudicium oriatur, utque substantia rei salva conservetur, praeterea quoque, si jus in re onus habeat adjunctum, hujus ratio habeatur. Sic v. c. marito debitori ususfructus rei dotalis, patri ususfructus bonorum adventitiorum in tantum solum adimi potest, in quantum onera matrimonii a marito ferenda, vel onus educandi a patre agnoscendum executionem fieri permittunt.

u) Quorum intuitu executio ita peragitur, ut debitoris debitori judex interdicat, ne solvat suo creditori, sed, quicquid habeat solvendum, in judicio potius deponat. Quando vero in re debitoris executio peragitur, praecedit prius praeceptum de solvendo, additurque eventualiter comminatio executionis certo die expediendae. Si nihilosecius contumax sit debitor, in rem ipsam fit executio, & jus reale pignoris per eam creditori tribuitur, insimul jure Communi creditor, si res sit immobilis, statim exmisso prius debitore immittitur, eique jus bonae fidei possessionis conceditur. De jure vero Saxonico communi post executionem & ante immissionem novum spatium solutionis conceditur. Peracta denique executione in re mobili, sequitur ejus auctio, & facta in re immobili immissione, ejus subhastatio. Est

condemnati pervenitur. vid. BERLICH. *p.* 1. *concl.* 81. *n.* 44. *&* 59. CARPZOV. *tit.* 25. *art.* 2.

III. CAETERUM si bona quædam sint oppignorata creditori, in ea secundum electionem creditoris fit executio. add. CARPZOV. *d. loc. art.* 2. *n.* 1. *& seqq.*

IV. REBUS modo prædicto captis & occupatis, sequitur subhastatio, cujus processum perspicue & late exponit CARPZOV. *d. tit.* 25. *art.* 4.

V. EXCIPIUNTUR tamen quædam res, quæ huic executioni non subjacent [x], quales sunt vestes & suppellectilia, ad quotidianum usum destinata, item res & instrumenta ad artificium vel opificium debitoris, vel etiam agriculturam pertinentia.

## TITULUS XXI. DE PROCESSU CRIMINALI.

### SUMMARIA.

APHOR. I. *Processus criminalis per accusationem:* L. 48. ff. t. 2. de accusat. & inscript. II. *Per inquisitionem:* III. *Quæ vel generalis, vel specialis.* IV. *In quibus delictis locum habeat.* V. *Caute hæc suscipienda.* VI. *Pertinet ad inquisitionem captura & incarceratio rei.* L. 48. ff. t. 3. de custod. & exhibitione reorum. VII. *Examen inquisiti.* VIII. *Certus esse debet judex corporis delicti.* IX. *Confrontatio.* X. *Jurata testium examinatio.* XI. *Defensio inquisiti concedenda* XII. *Salvus conductus.* XIII. *Transmissio actorum. Adjudicatur aliquando juramentum purgationis: aliquando tortura.* L. 48. ff. t. 18. de quæst. XIV. *Confessionem rei post torturam repetitam insequitur pœna.* XV. *Quid agendum revocata confessione.* XVI. *Etiam altera vice.* XVII. *Quodsi quis non ratificet confessionem.* XVIII. *Persistens in negando absolvitur, vel extraordinarie punitur.* XIX. *Processus contra absentem ac fugitivum* L. 48. ff. t. 17. de requirendis reis vel absent. damnandis. XX. *In delictis gravioribus.* XXI. *Processus banni Saxonicus.*

I. DUOBUS modis in criminalibus proceditur, 1.) per accusationem 2.) per inquisitionem. In accusatione eodem modo proceditur in criminalibus, quo in processu ordinario in civilibus, nisi quod in illis [a] confessio aliquando per torturam a reo extorqueatur: de qua inferius.

II. INQUISITIO est legitima judicis, ex officio procedentis, super delicto, ad ipsum per certum denunciatorem, vel ex fama communi [b] delato, indagatio.

autem & auctio & subhastatio venditio publica auctoritate plus licitanti eum in finem facta, ut verum rei eruamus pretium, ex eo vero creditori satisfaciamus.

x) QUOD tamen non ita intelligendum, ac si plane non fieri possit in his rebus executio, sed quod in subsidium, si aliunde satisfieri nequeat creditori, executio demum in his rebus peragatur. Nam regulariter debitor ad saccum usque & peram excutitur, nisi lex ipsi succurrat, ut in tantum solum condemnetur, in quantum facere potest, quod beneficium competentiæ vocant.

a) ET præterea reus ex carcere respondere debeat, nisi cautionem de judicio sisti & judicatum solvi præstiterit. Ad quam tamen, si delictum pœnam corporis afflictivam vel capitalem mereatur, facile non admittitur.

b) SIVE tamen ex fama, sive ex denunciatione originem trahat inquisitio, ubique requiritur, & hanc & illam in sufficientibus & a lege approbatis niti indiciis, quæ inquisitioni locum facere possunt.

III. DISTINGUI ſolet inquiſitio in generalem & ſpecialem. Generalem vocant [c], quæ inſtituitur ad id, ut ſciatur, an delictum vere ſit commiſſum, & a quo: ſpecialis vero inſtituitur adverſus certam perſonam ob delictum, de quo, quod commiſſum ſit, & quod iſta perſona ſit ſuſpecta, ex generali inquiſitione apparet.

IV. REGULARITER inquiſitio locum habet in omnibus delictis [d], exceptis levioribus, v. gr. injuriis verbalibus, niſi injuriæ ſint atroces, & in Magiſtratum vel aliam perſonam, in dignitate ſingulari conſtitutam, ſint commiſſæ. CARPZOV. *in pr. Crim. q.* 107. *num.* 23. *& ſeqq.*

V. CIRCA perſonas, contra quas inquiritur, ſciendum, quod cautius procedendum ſit, & non ita facile, ſpecialis cumprimis inquiſitio ſuſcipienda contra perſonas bonæ famæ, vel in dignitate conſtitutas; quia ſcilicet contra has non ita præſumitur, uti contra perſonas viliores.

VI. PERTINET ad ſpecialem inquiſitionem captura & incarceratio rei, quæ decernitur in delictis, quorum pœna eſt ultimum ſupplicium, aut corporis afflictiva, vel ſi delinquens ſit vagabundus, aut de pœna certa irroganda nondum conſtet: ſufficiunt autem indicia probabilia. vid. CARPZOV. *in pr. crim. p.* 3. *q.* 111. *n.* 25.

VII. SEQUITUR porro examen rei ſeu inquiſiti, quod fieri debet ſuper certis articulis inquiſitionalibus, qui concipiuntur ex teſtium ſummaria depoſitione, ita ut ſinguli articuli unum tantum punctum contineant, unicamque circumſtantiam.

VIII. SOLLICITUS quoque debet eſſe judex de corpore delicti, ut vocant, indagando, h. e. de veritate criminis commiſſi: de hac enim ſi liquido & certo non conſtet, non facile tortura, multo minus pœna aliqua capitalis infligitur. De hoc autem corpore delicti vel ita conſtare poteſt, ut in oculos quaſi incurrat: ut in homicidio, infanticidio, parricidio, furto, falſa moneta &c. ubi ſingulariter de homicidio notandum, quod conſtare debeat de lethalitate vulneris, ad pœnam ſcilicet ordinariam infligendam. vid. ORD. CRIMIN. *art.* 147. Vel in delictis tranſeuntibus, ex certis & indubitatis indiciis; ut in crimine adulterii, veneficii &c. add. CARPZOV. *d. q.* 108. *n.* 8. *& ſeqq.*

IX. NEGANTE reo delictum, teſtes, qui antea ſummariter fuere examinati, vel etiam qui, ſi res ita exegerit, ulterius examinantur, confrontantur cum reo. vid. TABOR *integ. tr. de confront.*

X. SI nec per confrontationem reus ad confeſſionem poſſit adigi, teſtes ſuper certis articulis ſummarie & jurato examinantur, & omnia fideliter conſignantur. Non-

c) ERGO in genere eo tendit inquiſitio generalis, ut judex ſe de certitudine corporis delicti informet.

d) HAC tamen adhibita differentia, ut, ſi ex inquiſitione generali appareat, pœnam vix ad relegationem uſque excreſcere poſſe, ſummaria rei reſponſio ſufficiat, quam condemnatio vel abſolutio ſequatur, cum e contrario, ſi pœna gravior relegatione probabiliter immineat, inquiſitio ſpecialis prius expediri ſoleat.

nullibi tamen receptum est, ut confrontatio fiat demum post juratam depositionem testium [e].

XI. HIS ita peractis, si reus petat, ut ad defensionem admittatur, ipsi hæc concedenda est, inque eum finem acta, in loco judicii & præsentia personarum ad judicium pertinentium, ipsi ejusve advocato ac defensori legenda exhibentur, ut inde excerpere possit, quæ ipsi necessaria videbuntur [f]. vid. CARPZOV. *d. p.* 3. *q.* 115. Imo ipse judex, an inculpatus innocentiam forte deducere possit, sollicitus esse debet. vid. *P. H. O. art.* 47.

XII. ALIQUANDO salvus conductus reo conceditur, si nimirum reus sit absens, & prehendi non potuerit. Distinguitur autem salvus conductus in generalem & specialem. Generalis dicitur, quando judex absque præstita cautione reo citato tribuit securitatem ad judicium veniendi, & inde recedendi. Specialis salvus conductus dicitur, quando citato præstita ab ipso cautione, plena datur securitas sub publico sigillo judicii, ut per totum tempus litis durantis licet ipsi in loco judicii commorari, usque dum vel absolutio, vel tortura aut pœna decreta fuerit. vid. latius CARPZOV. *d. l. p.* 3. *q.* 112.

XIII. SI reus defensionem absolverit, & testes etiam, quos forte pro innocentia sua produxerit, examinati fuerint, acta ad collegium juridicum transmittuntur, ubi indicia & præsumtiones diligenter examinantur, &c, an præsumtiones sint elisæ in rei defensione, nec ne, prudenter æstimatur. Et, prout res exegerit, reus vel absolvitur; vel juramentum purgationis ipsi imponitur; vel territio seu verbalis seu realis, vel etiam ipsa tortura secundum indiciorum qualitatem vel levis, vel media vel summa adjudicatur [g]: qua de re pluribus legas & consulas CARPZOV. *d. p.* 3. *qu.* 117. *& seqq.*

XIV. QUODSI reus mediante territione vel tortura confessus fuerit delictum,

*e*) EST quidem confrontatio non de essentia processus criminalis, nec certa lege introducta, utiliter tamen adhibetur, multumque sæpius confert, ut delinquens confiteatur delictum. Et eatenus arbitrio judicis etiam relinquendum est, in qua parte judicii criminalis eam adhibere velit, modo indiciis jam certa persona de delicto commisso sit gravata. Merito tamen non a confrontatione solum, sed a speciali etiam inquisitione, prudens judex abstinebit, quousque jurata testium depositio nondum adest. Cum enim testimonium injuratum per se non probet, ita multo minus gravat, cumprimis, quia experientia teste sæpius testes absque juramento examinatos minus considerate deponere videamus, &, cum juramentum exigitur, re quasi melius cogitata, mirum in modum variare. Imo in genere auctor ero suasorque, ut judex eo ipso, quo testem examinat, jurejurando eum obstringat, cum & fieri possit, ut testis examinatus absque juramento postea moriatur, ipsumque judicium criminale ob probationis inopiam elusorium evadat.

*f*) HOC ita, si ejus responsio ad articulos jam extet. Ei vero, qui pro inquisitione avertenda laborat, inspectionem actorum plane denegant, quod nescio, an justitiæ & æquitati conveniat, cum vix effectum quis sibi promittere possit de defensione, quando indicia, quæ removere vult per defensionem, ignorat.

*g*) NON tamen adjudicatur tortura, nisi delictum pœnam minimum corporis afflictivam mereatur, indicia delicti commissi sufficienter probata sint, nec delinquens privilegio, quod eum torturæ subjici vetat, tutus sit. Et si applicatur tortura, humanitatis ratio habenda est, debetque judex præcavere excessum. Quæ omnia a Doctoribus Juris Criminalis late explicantur.

altero vel tertio die in loco judicii, coram judice & scabinis & actuario judicii, rursus interrogandus est super confessione, ac si ratificet confessionem, in tortura vel territione factam, pœna delicto conveniens dictatur. Ord. Crim. *art.* 56.

XV. Quodsi vero tunc revocaverit confessionem, vel licet tunc iterum quoque repetierit, sed proxime ante executionem pœnæ revocaverit, tortura repetitur secunda vice pro arbitrio judicis, nisi scilicet revocationis probabiles afferantur causæ.

XVI. Quodsi jam iterum in secunda tortura confessus fuerit delictum, sed iterum revocaverit, tertia solet decerni tortura, & si post torturam ratificet confessionem, solet adhiberi notarius cum testibus, ut confessionem ex ore ipsius inquisiti audiant, & notarius consignet, ac instrumentum conficiat; modo hoc observato, licet ante executionem sententiæ confessionem sponte post torturam repetitam revocaverit, nihilominus pœna executioni mandatur. v. Carpzov. *d. p.* 3. *qu.* 126. Præsupponendum tamen hic est, ob urgentes præsumtiones ac singularia indicia torturam initio decretam & repetitam fuisse.

XVII. Quodsi vero semper etiam tertia tortura adhibita, non ratificarit postea confessionem, pœna ordinaria mortis non dictatur, sed pro ratione circumstantiarum pœna aliqua extraordinaria infligitur [h].

XVIII. Sin autem reus in tortura, seu prima, seu secunda, seu tertia in negando persistit, & ita indicia & præsumtiones, mediante territione & tortura decreta, purget & innocentiam suam confirmet, absolvitur, & aliquando in impensas processus condemnatur, aliquando etiam [i], cumprimis in crimine veneficii, si indicia valde fuerint urgentia, & tamen perstiterit in negando reus, nihilominus relegatio, vel abitio ex territorio & loco decernitur.

XIX. Denique addendum, quomodo contra absentem & fugitivum sit procedendum: & quidem omnia media tentanda sunt, ut deprehendatur, & in carcerem detrudatur. Si vero deprehendi nequeat, differentia est observanda inter crimina & delicta: si enim crimen seu delictum non aliam, quam carceris seu relegationis mereatur pœnam, tunc vel mulcta dictatur, & in ejus bona fit executio; vel etiam relegatio contra absentem executioni mandari potest, præcedentibus tribus citationibus.

XX. Sin autem delictum sit gravius, quod mortis pœnam vel saltim fustigationis meretur, tunc jure communi bona rei fugitivi annotari solent, non eo fine, ut

*h*) Modo tamen insignis delinquentis non eluceat malitia, totque indicia eum premant, ut pro convicto haberi possit. Certe de jure Communi hoc in casu ne tortura quidem opus est, sic vero dubitari nequit quin & ibi pœna ordinaria locum habere possit.

*i*) In genere impunitus non dimittitur delinquens, nisi plene purgaverit indicia contra se militantia. Sed etsi purgaverit plene, si tamen iterum tam gravia eum presserint indicia, ut præter confessionem nil fere ad condemnationem superfuerit, eum extra ordinem puniri posse, vix dubitari poterit vid. Barthii *Diss. de convicto non confesso*, Bodini *Diss. de usu & abus. tortur.*

confiſcentur, ſed ideo, ne quid ex bonis ad fugitivum transferatur, unde ſe ſuſtentare poſſit. *P. H. O. art.* 209. Denique reus citatur edictaliter in tribus territoriis, & quidem ternis vicibus, adjecta in ultima citatione comminatione, & ſi reus ſit contumax, & non compareat, ſingulis terminis a fiſcali contumacia accuſatur. Quodſi ita citatus reus non compareat, habetur pro convicto & condemnatur; ſi quidem crimen mortis pœnam mereatur, quod mortis pœna dignus ſit, (*Wird in die Mord-Acht erkläret.*) add. EXERCIT. NOSTR. *ad D. XLIX. theſ.* 97.

XXI. JURE vero Saxonico proceſſus banni contra abſentem inſtituitur: ita nimirum ut fiſcalis conſtituatur, qui libellum accuſatorium in judicio proponit, & proceſſum banni inſtitui petit, citatur deinde reus in tribus territoriis edictaliter. Si non compareat, accuſatur ejus contumacia a fiſcali, & ad Collegium Juridicum acta transmittuntur, ubi ſententia dictatur, ut iterum ſub pœna contumaciæ reus citetur. Eo iterum non comparente, iterum contumacia ejus accuſatur, ac rurſus a Collegio juridico ſententia fertur, ut tertia vice, *bey Straff Ungehorſams biß auf Ehehafften*, citetur. Quodſi non compareat, contumacia ejus accuſata, a Collegio juridico bannum decernitur. Si poſtea intra annum nullam excuſationem attulerit, & a banno ſe non liberaverit, iterum convenientibus modis citatur, & eo non comparente bannum ſuperius, *die Ober-Acht*, decernitur, cujus effectus in plurimis locis eſt, ut bona confiſcentur. vid. CARPZOV. *d. p.* 3. *qu.* 140. RICHTER. *tract. de ſuc. ab inteſt. ſect.* 5. *n.* 88. *& ſeqq.*

ADDITIO-

# ADDITIONES
AD
GEORGII ADAMI STRUVII,
JURECONSULTI,
# JURISPRUDENTIAM
ROMANO - GERMANICAM
IN
# EPITOMEN
JUXTA
HODIERNUM USUM REDACTAM
EXHIBENTES
MAGNIFICI AUCTORIS
DESIDERIO
SUCCINCTAM USUIQUE ACCOMMODATAM
TITULORUM, QUI DEERANT, E DIGESTIS
REPETITIONEM,
UT HIC JURISPRUDENTIAE LIBELLUS PANDECTARUM
VOLUMEN ACCURATIUS EVOLUTURIS ADITUM
PATEFACIAT,
ET EX EODEM UTILIORA REPETITURIS ANSAM
PRAEBEAT,

OPERA
LÜDERI MENCKENII,
PHILOSOPHIAE ET JURIS UTRIUSQUE DOCTORIS.

*Francofurti ad Mœnum*,
APUD FRANCISCUM VARRENTRAPP.
M DCC LX.

# ADDITIONUM
## AD
# JURISPRUDENTIAM
## ROMANO-GERMANICAM
## STRUVIANAM
# LIBER I

### TITULUS I. DE ORIGINE JURIS ET OMNIUM MAGISTRATUUM, ET SUCCESSIONE PRUDENTUM. L. I. D. T. II.

Ad Jurispr. Rom. Germ. L. 1. Tit. 1. A. 9.

ANTEQUAM Juris Civilis cognitionem specialem investigemus, inter illius Generalia Originem referre convenit, quam, præter Originem Magistratuum, & successionem prudentum, dict. Tit. 2. ff. considerat. Ita vero de origine Juris Justinianei, tanquam prima hujus Tituli parte, dicetur, ut ejusdem in progressu Fatum & Autoritas hodierna annectatur.

I. ORIGO *juris Civilis* repetenda est secundum *triplicem* Reipublicæ Romanæ *Statum*, *Regium* nempe, *Popularem* & *Monarchicum*. *Regius Status ad A. Mundi* 3200. ante Christum Natum 750. refertur, in quo omnia manu & potestate Regum gubernabantur *l.* 2. *§.* 1. *ff. de O. I.* ferebanturque Leges Regiæ *v. l.* 2. *ff. de mort. inf.* & curiatæ *l.* 2. §. 2. *ff. h. t.* duravit hic status *annos* 245. LAMPAD. *de Republ. Rom. Germ. P.* 2. *c.* 1. *n.* 2. LIV. *l.* 1. *c. f.*

II. POPULARIS maxima ex parte *status*. qui post Regifugium cœpit, commode per tres Epochas, sive intervalla notabiliora, recensetur, quarum *prima* est Juris incerti, stetitque per annos 60. *v. Magnif.* AUTH. *S. J. C. Exerc.* 1. *th.* 63. *Secunda Epocha* est juris stabiliti, dum nominatis decemviris, leges a Græcis aliisque Gentibus finitimis petitæ, atque in decem tabulas redactæ sunt, quibus sequenti anno duæ tabulæ accesserunt *l.* 2. §. 4. *h. t.* *Tertia Epocha* est juris aucti (1) per interpretationem

Prudentum, & disputationem fori *l. 2. §. 5. ff. h. t.* (2) per Legis actiones *l. 2. §. 6. ff. eod.* (3) per Leges novas *l. 2. §. 8. ff. eod.* (4) per Plebiscita, Lege Hortensia pro legibus habita *d. l. 2. §. 8. v.* LAMPAD. *c. l. n. 5.* (5) per Senatus-Consulta *l. 2. §. 9. ff. eod.* (6) per Magistratuum Edicta *l. 2. §. 10. ff. h.* (7) per JCtorum Responsa *l. 2. §. 35. & 44. ff. eod. §. 6. seq. I. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* GOTHOFR. *Hist. Jur. Civ. Rom. c. 2.* FRANZ. *Com. ff. h. t. a n. 14. usque ad 46.*

III. IN *Statu Monarchico prima* fuit *Epocha* Gentilium Imperatorum usque ad Constantini Magni initia seu *Annum* 306. *Secunda* Principum Christianorum, usque ad Theodosium Juniorem, qui Codicem Theodosianum edidit *A.* 435. *Tertia* imperatorum subsequentium usque ad Justinianum seu *A.* 527.

IV. JUSTINIANUS, laudatissimus Imperator, immensa *Jurisprudentiæ Volumina septennio in ordinem redegit.* dum (1) ex Gregoriano, Hermogeniano, & Theodosiano Codice, additis subsequentium Imperatorum Constitutionibus, *Codicem Justinianeum* colligi jussit, ediditque A. 529. (2) Post compositionem Digestorum *Institutiones* componi voluit, easque promulgavit *A.* 533. *Mens. Novembr.* (3) *Digesta* eodem Anno *Mense Decembri* publicavit (4) Codicem repetitæ prælectionis, quo hodie utimur, A. 534. edidit, & denique (5) pro re nata *Novellas & 13. Edicta* ad Reipublicæ salutem emisit. *Magnif.* AUTH. *S. J. C. Ex. 1. th. 61. seqq.* JAC. GOTHOFR. *Hist. Jur. Civ. Rom. c. 8.* DAN. KAYSER *Histor. Jur. Part. 1. p. m. 25.*

V. JURIS *Justinianei fata* vel usus decrescentis, vel renascentis fuerunt. *Decrevit* Justinianeæ Jurisprudentiæ auctoritas *in Occidente*, Gothis, Francis, Vandalis &c. arma per occidentales terras circumferentibus. *In Oriente* illius auctoritas evilvit, partim ob subsequentium Imperatorum Novellas, partim ob novas, in quas hæc Jura redacta sunt, formas, e quibus libri βασιλικῶν eminent. Conf. JAC. GOTHOFRED. *Hist. Jur. c. 9. & Bibl. Jur. Civ. c. 5. & 6.*

VI. JUS *Justinianeum renatum est* Seculo XII. dum Imperio *Lotharii*, consilio *Irnerii*, desiderio *Mathildæ* Comitissæ Tusciæ, Pisis hoc Jus doceri cœpit. Ex Italia illud in Germaniam, Hispaniam, Galliam &c. sensim translatum est GOTHOFRED. *d. c. 9. Magnif.* AUT. *S. I. C. Ex. 2. th. 34.*

VII. JUS *Justinianeum* hodie *maximæ est autoritatis*, adeo quidem, ut Turcæ Codice Justinianeo Græco utantur, vide BUS. *ad L. 6. ff. de Just. & Jur.* præcipue in Imperio Romano-Germanico, quandoquidem in Ordinationibus Imperii, Juris Communis nomine denotatur *v.* REC. IMP. *de A.* 1495. & in Camera observatur. ORD. CAM. *P. 2. T. 31. § f.* Assessoribus ad illud juramento devinctis *v.* GAIL. *l. 1. Obs. 36. n. 14.* De Belgio testatur GRAENEW. *de LL. abrog. ad §. 6. Proœm. Inst. n. 2.* Similem quandam auctoritatem Juri Civili tribuit in Italia ARTHURUS DUCK *de Auct. I. C. l. 2. c. 3. n. 16.* in Hispania *c. 6. num. 30.* in Gallia *c. 5. n. 31. vid. tamen* REBUFF. *ad Const. Reg. 9. in Præfat. gloss. 5. n. 20.* Jura statutaria in Germania (idem de Italia asserit. *c.* ARTHUR. *d. l. c. 3. n. 29.*) e Jure Civili declarantur, restringuntur & supplentur, IDEM *l. 1. c. 2. n. 17.* HARTM. PIST. *l. 1. q. 32. n. 8.* CARPZOV. *p. 3. c. 20. d. 10. n. 6.* LAUTERB. *Concl. For. Exerc. 1. th. 2.*

VIII. CUM de moderna Juris Justinianei autoritate actum sit, monendum nonnihil venit *de Jure Canonico & Saxonico*, usu frequentissimo. *Jus Canonicum* origi-

nem trahit a Canonibus, qui in primis Conciliis conditi sunt, de quibus *v.* JOHAN. SCHILT. *Inst. Jur. Canon. l.* 1. *t.* 2. §. 4. *seqq.* Quam incertæ vero originis & auctoritatis sint Canones, qui vulgo Apostolici dicuntur, accurate docet ZIEGL. *Diss. de Orig. & increm. Jur. Can. th.* 8. *seqq.* Aucta Pontificum potestate crevit canonum numerus & auctoritas, natumque ex Patrum sententiis, Conciliorum decretis, Pontificum constitutionibus &c. tandem Jus Canonicum, quod *in Volumen Decreti & Decretalium* dispesci potest. *Decretum* privata auctoritate a Gratiano, Monacho Bononiensi circa A. 1150. collectum, *tres partes* complectitur quarum *prima* 101. *distinctiones*, *secunda causas* 36. *tertia Tractatum de Consecratione quinque* distinctionibus comprehensum, tradit. De cujus Auctoritate dubia v. laudatus ZIEGLERUS *d. Diss. th.* 47. *& prae.* de Paleis legatur IDEM *th.* 46.

IX. DECRETALIUM *volumen* constitutiones Pontificum complectitur, & *quatuor partibus* absolvitur. *Prima pars* 5. *libris constat*, quorum singuli suos habent Titulos & Capita: collegit eos RAYMUNDUS, mandato *Gregorii IX.* Pontificis, quoniam extra Decretum sunt, allegari solent (extra) X. Ordinem librorum vulgo notus docet versiculus:

I. II. III. IV. V.
*Judex*, *Judicium*, *Clerus*, *Sponsalia*, *Crimen*.

*Pars secunda*, *a Bonifacio VIII.* congesta, eodemque ordine disposita est, quia vero *sexti* decretalium Libri nomen habet, allegatur in 6. *Pars tertia*, eundem servans ordinem, *Clementinarum*, vocabulo denotatur, citaturque ab Auctore *Clemente V. Pars quarta* 20. Constitutiones *Johannis XXII.* complectitur, & sub *Extravagantium* appellatione adducitur, praeterea vero diversorum Pontificum Constitutiones recensent, quæ *Communes* dicuntur eundemque cum decretalibus ordinem habent. His partibus in calce accessit cum *liber Institutionum Jur. Can.* Pontificis mandato a JOH. PAULO LANCELLOTO conscriptus, tum *lib. VII. Decretalium*, de cujus confirmatione nondum satis constat. *v.* ZIEGL. *c. l. th.* 59. L. ENGEL. *proœm. Coll. I. Can. n.* 2.

X. JUS *Canonicum* Juri Divino & rationi non contrarium, per consuetudinem non tantum oppido multis receptum est, CARPZOV. *Jurispr. Conf. l.* 2. *d.* 152. *n.* 45. sed etiam Juri Civili præfertur in materia juramentorum, matrimoniorum & Processuum &c. *Magnif.* AUTH. *S. J. C. Ex.* 2. *th.* 39. RITTERSHUS. *de differ. I. Civ. & Canon. proœm.* Alias in dubio non statuendus est inter Jus Canonicum & Civile dissensus; casus vero in altero obscurius, in altero aperte decisus, ex eo, quo manifeste continetur, regulariter determinandus est *c.* 1. *X. de Nov. oper. nunc.* CARPZOV. *P.* 1. *C.* 21. *d.* 2. *n.* 4. *v.* ARTH. DUCK. *de Auth. I. Civ. l.* 1. *c.* 7. *th.* 12. *&* 13. RITTERSH. *c. l.*

XI. JUS *Saxonicum* moribus ab initio introductum, deinde ab ECCARDO A REPKA tribus libris latino sermone conscriptum, & ab eodem in maternum idioma, mandato Illustris Comitis HOJERI A FALCKENSTEIN translatum, *Speculique Saxonici* titulo insignitum est, uti docet *Præfatio Spec. Sax.* cui postea accessit confirmatio *Caroli M. A.* 810. *d.* 10. *Febr.* facta, monente *Glossa ad* LAND-RECHT *l.* 3. *art.* 82. *v. diß Privilegium*. Inde OTTO I. Jure hoc denuo stabilito, *das Weichbild*, medullam Juris Saxonici, auctoritate publica donavit *Anno* 9.10. id quod privilegium, sub finem Speculi Saxonici adjectum, testatur. *v.* COLER. *in Orat. de Orig. Jur. Saxon.* Et

hi quidem libri, nempe *das Land-Recht und Weichbild*, *Juris Saxonici Communis* nomine veniunt, quod extra Saxoniam a Lusatis, Silesiis, imo Polonis & Lithuanis observari docet COLER. *in dict. Orat.* Hujus Juris auctoritas ex usu magis, quam verbis & scriptura, æstimanda est. BERL. *P.* 3. *Concl.* 28. *n.* 43. illiusque defensores sunt Electores Saxonici etiam adversus Jus Cæsareum. *v.* PHILIPP. *Usu pract. Inst. l.* 3. *Ecl.* 17. *n.* 7. *seq.* Posteaquam autem Electores Saxoniæ non pauca Jure communi controversa, aut indeterminata, in suis Constitutionibus deciderunt, quemadmodum *Electoris* AUGUSTI *Const. de A.* 1672. JOH. GEORG. II. *de A.* 1661. *& Const. Nov. de Anno* 1672. testantur, illæque Constitutiones non æque extra Electoratum, atque in Electoratu, observari cœperunt, nata inde est *Juris Communis & Electoralis Saxonici* distinctio. Universum Jus Saxonicum vero, tanquam statutarium, stricte accipiendum, & e Jure Civili explicandum est CARPZOV. *Proc. t.* 19. *art.* 3. *n.* 16. *seqq.*

XII. ALTERA pars tituli de *Magistratuum origine* tractat, quam per varias mutationes POMPONIUS *l.* 2. §. 14. *seqq.* explicat.

XIII. TERTIA pars de *successione prudentum* agit, quam uti studiose idem POMP. *l.* 2. §. 35. *seqq. h. t.* recenset, ita convenienti ordine illam exponit GOTHOFR. *Histor. Juris c.* 7. ubi sectas quoque Scabinianorum & Proculianorum accurate recenset *item* FRANZ. *Com. ff. h. t. num.* 65.

## TITULUS II. DE LEGIBUS ET SENATUS CONSULTIS, ET LONGA CONSUETUDINE. L. 1. ff. t. 3.

ORIGINE Juris spectata, ad species nonnullas *Juris Civilis* descendendum erit, e quibus *Lex, SCtum & Consuetudo* præsenti titulo explicantur, quarta, nempe *Constitutio Principis*, titulo sequenti comprehenditur. Pars prima hujus Tituli de Legibus agit.

I. MISSA vero Legum in divinas & humanas, divinarumque in Morales, Ceremoniales, & Forenses, distinctione, ad humanas confertur, e quibus cum leges omnibus communes, Naturales nempe & Gentium, Magnif. AUT. L. 1. T. 2. explicaverit, leges quibusdam proprias seu civiles, generaliter considerare convenit.

II. EST itaque Lex Majestatis decretum, ad salutem Reipublicæ promulgatum, subditos ad obsequium obligans.

LEGEM *condit majestas*, quæ in imperio Romano-Germanico penes *Imperatorem & Status* Imperii, simul sumtos, hæret; unde conjunctim ab his *Leges universales* conduntur, quæ Recessuum nomine veniunt *v.* PAURMEIST. *l.* 2. *de Jurisd. imper. c.* 2. *n.* 84. *Principes imperii vero Leges Particulares*, Jure Superioritatis Territorialis, ferunt. BRAUTLACH. *Epit. Jurispr. Publ. l.* 3. *c.* 5. §. 13. PHIL. *usu pract. L.* 2. *Ecl.* 9. REINK. *de R. S. & E. l.* 1. *Class.* 5. *c.* 6. *n.* 7.

III. PER *leges obligantur subditi*, quamvis inviti, *l.* 1. *ff. de LL.* quibus accensendi sunt Clerici *v.* CARPZOV. *Jurispr. Consf. l.* 3. *d.* 2. *n.* 7. ZIEGLER. *ad jus Canon. l.* 3. *t.* 1. *p.* 635. & advenæ, *c.* 2. *dist.* 8. & quoad solennitatem actus, qui geritur *l.* 5. *ff. de Evict. l.* 9. *C. de Testam.* CARPZ. *P.* 3. *C.* 6. *d.* 12. *v.* VINN. *ad* §. *f. I. de Test. Ord.* & quoad pœnam, delicto statutam, CARPZOV. *P.* 2. *q.* 54. *n.* 51. *seqq.* Solutus

igitur legibus civilibus Princeps *l.* 31. *ff. de LL.* seu vim coactivam seu directivam spectes *arg. l.* 30. *§.* 4. *ff. ad SCt. Treb. add. l.* 26. *C. de donat. inter Vir. & Uxor.* licet honestatis intuitu ipsum nonnunquam leges Civiles vinciant *v. l.* 4. *C. de LL.* ZIEGLER. *de Jur. Maj. L.* 1. *c.* 1. *n.* 28.

IV. LEX *versatur* regulariter *circa* negotia (1) futura, non præterita, nisi nominatim & de præterito tempore, & adhuc pendentibus negotiis, cautum sit. *l.* 7. *C. de LL.* (2) frequentia *l.* 3. *seqq. ff. de LL.* (3) possibilia naturaliter. *l.* 185. *ff. de R. I.* & moraliter *l.* 15. *ff. de cond. inst. add. c. f. X. de Consuetud.*

V. LEX *promulgata* plerumque *post duos Menses N.* 66. *c.* 1. *O. P. S. proœm. §. So haben.* PHILIP. *Us. Pract. I. l.* 1. *Ecl.* 11. obligat. *l.* 9. *C. de LL.* ad scientiam *l.* 3. *C. eod.* & ad obedientiam in foro soli directo, per consequentiam in foro conscientiæ. 1. *Petr.* 2. *v.* 13. ita, ut conscientia non liberetur, nisi quis sine dolo pœnæ legis se subjecerit, quæ aut est nullitatis *l.* 5. *C. de LL.* aut alia, eademque vel cum, vel sine nullitate actus definita, *l. f. & Auth. Incestas C. de Incestis & Inut. nupt. l.* 1. *C. de secund. nupt.* VINN. *S. Q. l.* 1. *c.* 1. *item* HAHN. *ad Wesenb. t. de Legib. n.* 7.

VI. TOLLITUR *Lex* prior (1) per posteriorem legem contrariam *l. f. ff. de Const. Princ.* (2) desuetudinem *l.* 37. *ff. de LL.* (3) cessante penitus causa adæquata finali, lex ipsa cessat *l. f. ff. ad SCt. Silan. item l.* 1. §. 3. *ff. de min.* FRANZ. *Comm. ff. b. t. n.* 75.

VII. PARS *secunda* hujus *tituli de Senatus-Consultis* tractat. Est vero *SCtum*, quod Senatus jubet, atque constituit. §. 8. *J. de J. N. G. & C.* Potestatem juris condendi senatui competiisse, *l.* 9. *ff. de LL* ostendit, sed quando hoc jure usus sit senatus, controversum, *v.* VINN. *ad d.* §. 5. GOTHOFRED. *Histor. Jur. cap.* 3. BACH. *Vol.* 1. D. 1. *th.* 5. *l. g.* Tertia pars hujus Tituli, *longa scilicet Consuetudo*, explicata est *a Magnifico* AUCTORE *l.* 1. *t.* 2. *a.* 12.

## TITULUS III. DE CONSTITUTIONIBUS PRINCIPUM. L. 1. ff. t. 4.

Ad L. 1. Jpr. T. 27. A. 11.

I. CONSTITUTIO *Principis* est serium Principis placitum, ad hoc publicatum, ut legis vigorem haberet. *l.* 1. *ff. h. l.* 8. *C. de LL.*

II. RATIONE effectus seu utilitatis *distinguuntur Constitutiones in generales & speciales. Generales* sunt, quæ omnibus prosunt, & dividuntur, respectu modi constituendi, in *Rescripta*, *Decreta & Edicta*. *Rescripta* sunt Responsa Principis, ad Consultationem, vel relationem eorum, qui Principi supplicarunt, emissa *l. f. C. de divers. Rescript.* quæ ut valida sint, *requiritur* præcipue (1) ut contineant conditionem, si preces veritate nitantur *l.* 7. *C. eod.* quæ Jure Canonico subintelligitur. *c.* 2. *X. de Rescript.* Jure Saxonico falsa relatio sub pœna arbitraria interdicitur, *v. Mand. El. ab An.* 1579. *§. Letzlichen* (2) ut non sint contra jus, vel utilitatem publicam. *l. f. C. Si contra jus vel utilitatem publ.* (3) ut adscribatur dies & Consul. *l.* 4. *C. de div. Resc.* (4) ut accedat Principis subscriptio *l.* 6. *C. eod.* (5) Ut Originalia insinuentur *l.* 2. *C. eod.* FRANZ. *ad ff. h. t. n.* 29. *Decreta* sunt sententiæ, quas Princeps, causa cognita, inter partes litigantes pronunciat §. 9. *I. de I. N. G. & Civ. Ex. v. l.* 3. *ff. De his qua in Test.*

*del. Edicta* sunt constitutiones generales, proprio motu a Principe ad utilitatem Reipublicæ latæ *l. 3. C. de LL.*

III. CONSTITUTIONES *speciales* appellantur *privilegia*, quæ sunt jus singulare, contra legis universalis tenorem, propter aliquam utilitatem introductum *l. 16. ff. de LL.* Hæc sunt intuitu finis vel *odiosa*, *vel favorabilia* §. 9. *I. de I. N. G. & C.* A subjecto autem dividuntur *in realia & personalia*. *Realia* sunt, quæ rei tributa, eidem inhærent, & ad quosvis possessores transmittuntur *l. 68. l. 196. ff. de R. I.* e. gr. immunitates prædiis concessæ. *Personalia*, quæ personæ concessa, illi inhærent, & cum eadem exstinguuntur *dd. ll.* Indulgentur vero vel toti cuidam ordini personarum, dicique possunt communiter personalia, ut privilegia Doctoratus: aut huic vel illi individuo, & appellari possunt naturaliter personalia. Personalia non transeunt ad heredes quatenus tales, nisi cœperit privilegio, viva persona privilegiata, esse locus, *a l. 18. §. f. ff. de min. l. 86. ff. de In integr. rest. v. Magnif.* AUCT. *S. Jur. C. Ex. 2. th. 29.* Conf. FRANZ. *Com. ff. h. t. n. 139. seqq.*

IV. PRIVILEGIA Personalia personæ, realia rei interitu totali exstinguuntur *d. l 68. ff. de R. J. Tolluntur* item renunciatione. *a. l. 29. C. de Pact.* non usu, quando utendi haud defuit occasio *a. l. 1. ff. de Nund.* & abusu. *c. 4. c. 24. X. de privil a. l. 12. C. de dignit.* Denique Privilegia sunt respectu concedentis latissime, *l. 3. ff. de Const. Princ.* respectu tertii, ne illi fiat præjudicium, strictissime interpretanda *l. 2. §. 10. & 16. ff. ne quid in loco publ.*

## TITULUS IV. DE STATU SERVILI.

Ad l. 1. Jpr. t. 3. Aph. 5.

QUONIAM juris, de quo dictum est, Objectum constituunt personæ vel Res *v. §. 14. J. de J. N. G. & C.* Personæ vero in triplici statu, vel libertatis, vel familiæ, vel civitatis constitutæ sunt. *l. f. ff. de Cap. min.* ea, quæ circa statum libertatis restant, inprimis e libro ff 40. brevissimis annectere licebit.

L. 40. ff. t. 1. de Manumissionibus.

I. SERVI statum servilem amittunt per *manumissionem*, quæ est de manu datio, seu de potestate dominica dimissio. Manumitti potest servus proprius, etiam infans *l. 25. ff. de Manum.* furiosus *l. 26. ff. eod.* aut in ventre constitutus *l. 14. C. de Fideicomm. libert.* *Fit* autem *manumissio* vel *a Domino*, *vel a lege*. *A domino* aut verbis, aut factis expeditur. *Facto* manumissio contingit, quando Dominus instrumenta, e quibus servi conditio probari potest, servo dat, vel corrumpit, præsentibus quinque testibus *l. 1. §. 11. C. de Lat. lib. toll.*

**L. 40. ff. t. 2. de Manumiss. vindicta. L. 40. ff. t. 3. de Manumissionibus, quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur.**

II. VERBIS manumissio fit vel inter vivos, vel ultima voluntate. *Inter vivos*, Vindicta, cum manumittendi voluntate a Domino declarata, Lictor, jussu Magistratus majoris, virgulam capiti servi manumittendi imponit, accedentibus verbis solennibus (quæ postea, licet non dicerentur, pro dictis habita sunt *l. 23. ff. d. t.*) nomenque manumissi

numissi ad acta refertur. HILDEBRAND. *in Antiquit. verb. Manumissio*. Hæc potestas manumittendi servos suos, quæ dominis singulis concessa per div. Marcum, omnibus Collegiis licitis tributa est *l.1. ff. de Manumissionibus, qua servis ad universitatem pertinentibus imponuntur.*

L. 40. ff. t.4. de Manumiss. test. t.7. de statu lib. t.5. de fideicommissariis libertatibus.

III. ULTIMA *voluntate* fit manumissio *vel verbis directis*, & datur libertas directa; vel precariis, & datur libertas fideicommissa. *Directa libertas* testamento valido *l.25. ff. de Manum. test.* & codicillis, testamento confirmatis, conceditur, *l.43. ff. de Manumiss. Testam.* sive pure, sive sub conditione, sive in diem *l 23. ff. eod* Qui libertatem sic non pure tributam habet, *statu liber* dicitur, & describitur, quo fit is, qui statutam, & destinatam, in tempus vel conditionem, libertatem habet *l.1. ff. de statu liber. Fideicommissa libertas* appellatur, quæ verbis precariis, & ab intestato, & codicillis, testamento non confirmatis, relinquitur, *d. l.43.*

L. 40. ff. t.8. Qui sine Manumissione ad libertatem perveniunt, t.6. de ademtione libertatis. t.9. qui & a quibus manumissi liberi non fiunt & ad L. Æ. S. t.10. de jure aureorum annulorum t.11. de Natalibus restituendis.

IV. HACTENUS dictum *de libertate*, quæ a domino datur, jam agendum de illa, *quæ a lege dependet*, & ipso jure tribuitur, quando necem domini servus detexit, aut pro derelicto ob gravem infirmitatem, a Domino habitus est, *l.5. l.2. ff. Qui sine manum. ad libert. perv.* Concessam *libertatem tollit ademptio libertatis*, tam a testatore, quam lege facta *l. un ff. de ademt. libert. Manumissionem* faciendam *impedit Lex Ælia-Sentia*, si vel in fraudem Creditorum, vel a persona inhabili fiat *pr. & §.4. J. Qui & ex quib. caus. man. non poss.* Præterea *liberti ad ingenuitatem perveniunt jure aureorum annulorum a* Principe *impetrato* (nam liberti ferreis annulis utebantur) quod postea per *N.78. c.1.* sine speciali impetratione datum est, & tum quidem salva manent *Patronatus jura l.5. l.6. ff. de Jur. aur. annul.* Quæ omnia *pereunt*, quando libertini per Principem, consentiente Patrono, iis restituuntur natalibus, in quibus initio omnes homines fuerunt *l.2. ff. de Natalibus restituend.* Verum Jure Novellarum & hic Principis consensu non opus est *d. N.78. c.1.*

L. 37. ff. t.14. de jure Patronatus. t.15. de obsequiis Parentibus & Patronis præstandis. L. 38. ff. t.1. de Operis libertorum.

V. CONSISTIT alias *Jus Patronatus partim in jure succedendi* de quo §.1. I. *de success. libert.* agit, partim *in obsequio & reverentia*, Patrono præstanda *d. N. j.l.159. ff. de Jure Patronatus l 9. de Obseq. Par. & Patron. præst.* Cum vero *Patroni* nonnunquam *operas a libertis peterent*, eæ per stipulationem *l.5. ff. de Oper. liber.* item jusjurandum *l.7. ff. eod.* promittebantur, quarum aliæ in ministerio quodam consistebant, & *officiales*, aliæ in artificio, & *artificiales* appellabantur *l.6. ff. eod.* utræque victu vestituque liberti regulariter præstabantur *l.18. ff. eod.*

L. 40. ff. t.12. de liberali causa, t.13. Quib. ad libertatem proclamare non licet. t.14. Si ingenuus esse dicitur. t.15. Ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur. t.16. de Collusione detegenda.

VI. DENIQUE *ex hoc statu personarum nascitur actio præjudicialis*, qua vel in

libertatis possessione constitutus, in servitutem petitur; vel in possessione Servitutis collocatus, ad libertatem provocat *l.* 1. *l.* 10. *de Liberal. causa*. A quo provocandi jure excluduntur, qui se venire passi sunt, *l.* 3. *ff. quib. ad libert. procl. non lic.* Pariter ei, qui se ingenuum esse asserit, tribuitur actio, qua ingenuitatis jura nanciscatur, *l.* 1. *l.* 6. *ff. si ingen. esse dic.* Propter odium servitutis autem definitum est quinquennium, ut eo elapso, de defuncti conditione, in partem deteriorem non amplius quæreretur *l.* 2. *pr. &* §. 4. *ff. ne de stat. def. post. quinq.* Ne vero in status controversia Domini cum servis colluderent, hæc pœna definita est, ut per collusionem Domini, vel libertus, vel ingenuus judicatus, ejus, qui collusionem detegit, servus vel libertus fieret. *l.* 1. *seqq. de Collus. detegenda.*

VII. PROPRIOS *homines* magnam cum servis habere affinitatem *Magnif.* AUT. *l.* 1. *t.* 4. *a.* 4. ostendit. De quibus occasione superiorum monendum est paucissimis, quod iidem *Juris Civitatis sint incapaces*. Conf. BRUNING. *de Var. Univers. Specieb. Concl.* 40. *l.* 6. STAMM *de servit. pers. l.* 3. *c.* 20. nec a Gleba, cui semel adscripti sunt, invito domino suo discedere possint, concessa dominis potestate, eos actione utili præjudiciali, cum omni sobole & peculio, repetendi. HAHN. *ad Wesenb. t. de stat. hom. num.* 5. MEV. *ad Jus Lubec. l.* 1. *t.* 3. *art.* 3. *Liberantur* autem homines proprii *a Domini potestate vel volente domino*, *vel* Lege. Dominus manumittendi voluntatem vel expresse, vel tacite declarat. *Expresse*, vel *inter vivos*, dato manumissionis instrumento, sive affrancamento Ger. *Lass-oder Loss-Brieffe*, aut manumittendi animo alias sufficientes, e. g. in præsentia testium, detecto, *vel ultima voluntate*, manumissione heredi mandata. STAMM. *l.* 3. *c.* 37. *num.* 4. *seqq.* *Tacite* manumittendi intentio *die Ab-oder Erlassung* ostenditur *per præscriptionem* viginti annorum, quoties homo proprius tamdiu bona fide in possessione libertatis moratus est. *l.* 2. *C. de Præscr. long. temp. j. l.* 28. *ff. de V. S. aut dignitatem*, ad quam, cum illius alias sit incapax homo proprius, sciente, & non repugnante domino, evehitur, nec interest, utrum hæc dignitas *togata* e. g. Senatoria, an vero *sagata* e. gr. Tribunitia sit *l.* 34. *ff. de op. libert. l.* 6. *C. Qui milit. poss.* HAHN. *ad Wesenb. t. de Nat. rest.* PHILIP. *Usu Pract. Inst. l.* 1. *Ecl.* 39. *Legis voluntate* liberantur homines proprii a Dominorum potestate, per inhumanam Dominorum *crudelitatem* §. 3. *J. de his qui sui vel al. l. un. C. de Emend. serv. Auth. Qui rem. C. de sacro sanct. Eccles.* add. PHIL. *Ecl.* 43. *& Principis autoritate*, quoties is vel ipse, vel per alium manumissionem facit, quam potestatem Comitivis nonnunquam inseri docet *d.* PHILIP. *Ecl.* 38. *n.* 6.

VIII. QUAMVIS hominibus propriis accenseri nequeant *Tuguriola Nobilium, ruri inhabitantes*, ea conditione, ut operas, ad culturam agrorum, & triturandum frumenta, mercede certa locent, *die Häußler*, *Lohn-oder Erb-Drescher*, invito tamen domino hi domicilium mutare nequeunt *a. l.* 5. *C. de obl. & Act. v. prajud. ap.* PHILIP. *d. l.* 1. *Ecl.* 38. *n.* 5.

## TITULUS V. DE PACTIS DOTALIBUS. L. 23. ff. t. 4.

Ad l. 1. Jpr. T. 8. Aph. 6.

DE statu libertatis actum est in præcedentibus, hinc ordine exigente, ad statum Familiæ pergendum, qui cum a nuptiis, tanquam principio, de-

pendeat, nuptiis vero plerumque dos accedat, de Pactis circa dotem initis tractari par est.

I. Pacta *dotalia* sunt conventiones de dote, inter Conjuges vel eos, qui dotem dant, promittunt, suscipiunt, aut repetere possunt, initæ *l. un.* §. 1. *C. de R. U. A.*

II. Pacta dotalia *constituuntur Consensu*, tam *scripto*, quam *non scripto d. l. un.* §. 1. Zoes. *h. t. n.* 4. dummodo hic legitime e. gr. per testes juratos probari queat. Carpzov. *P.* 2. *C.* 4. *d.* 8. licet pacta dotalia, melioris probationis gratia in scripturam redigi soleant. *l.* 4. *ff. de Pign.*

III. Ineunt *hæc pacta*, qui dotem dant, promittunt, suscipiunt, aut repetere possunt *d. l. un.* §. 1. *ff. de R. U. A. l.* 6. *C. de dotis promiss.* ita, ut muliere paciscente, nec Jure Saxonico Curatoris consensum adhiberi necesse sit, Carpzov. *P.* 2. *C.* 43. *d.* 9. nisi ab eadem dos æstimata detur, cujus æstimatio venditionem sapiat *d. l. un.* §. 9. Carpzov. *c. l.* aut mulier in minorennitate sit Rec. Imp. *de Anno* 1548. *Tit. von den Pupillen und minderjährigen Kindern*. *Concipiuntur* pacta dotalia *primario* de dote, & donatione propter nuptias, *secundario* de iis, quæ doti affinia sunt, e. gr. Paraphernalibus & receptitiis. Is qui dat *dotem*, *ab initio dotis dandæ legem*, quam velit, etiam circa personam mulieris, *dicere potest*, non vero post datam dotem *l.* 7. *ff. h. l. un.* §. 13. *C. de R. U. A.* & servanda est lex, quam quis, cum dotem daret, dixit *l.* 1. *C. de Pact. conv.* nisi bonis moribus repugnet *l.* 5. §. 1. *ff. h.* aut dotis causam deteriorem reddat *l.* 4. *l.* 14. *ff. h.* vel liberis, parentibus secundas nuptias contrahentibus, in legitima noceat, *a. l.* 19. *C. de donat. ante Nupt. j. l.* 8. *C. de Inoff. test.* Carpz. *P.* 2. *C.* 43. *d.* 18.

IV. Dividuntur *Pacta dotalia in simplicia* & *mixta*; *Simplicia* sunt, quæ per modum contractus fiunt, & vel de parte, vel universitate bonorum disponunt, tempore solutionis licet in diem mortis dilato, Carpzov. *d. l. d.* 1. *&* 6. *Mixta* dicuntur, quæ præter dotem dotique affinia, de futura successione, per modum ultimæ voluntatis agunt. Simplicia duos, mixta vero quinque testes ad sui validitatem requirunt, si fiant extrajudicialiter *l. f. C. de donat. mort. Caus.* nam pacta tam per conjuges, qui eorum parentes Carpzov. *d. Const.* 43. Moll. *ad eand. n* 4. etiam judici soli Carpzov. *part.* 3. *C.* 2. *d.* 7. judicialiter insinuata, testes nullos desiderant; quia superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta adsunt *l.* 31. *C. de Donat. j. l.* 19. *C. de Testam.* Const. El. *P.* 2. *Const.* 43. *d.* 3. *ibique* Carpzov. Cæterum *pacta dotalia*, quæ *simplicia* vocantur, si quingentorum solidorum quantitatem transcendunt, judici *insinuanda sunt* a parte viri, non mulieris, alias, quatenus utilitatem viri concernunt, nulla redduntur *N.* 127. *c.* 2. Hahn. *ad Wesenb. h. t. n.* 4. *verb. sanc.*

V. Pacta *dotalia* pariunt *obligationem ad actionem*; & quidem uxori & per virilem sexum ascendentibus, sive promissa, sive data sit dos, *v.* Bach. *V.* 1. *D.* 6. *th.* 2. *l. d.* tribuitur actio ex stipulatu, quandoquidem, etiamsi facta non sit, re ipsa subsecuta esse stipulatio intelligitur *l. un. pr. &* §. 1. *C. de R. U. A.* extraneis vero, quoties expressa stipulatio adjecta, actio ex stipulatu, *d. l. un.* §. 13. quoties adjecta non est, actio præscriptis verbis *a. l.* 6. *C. de Iur. dot. j. l. un.* §. 13. *C. de R. U. A.* competit.

VI. Tolluntur *pacta dotalia*, per modum contractus celebrata, partis utriusque dissensu *a. l.* 58. *ff. de pact.* per modum ultimæ voluntatis condita alterius voluntate *a. l.* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.* Wiss. *ad ff. h. t. th.* 24. Utraque vero, nulla

liberorum facta mentione, per liberos supervenientes *a. l.* 7. *ff. de bon. damnat. j. l.* 7. *de lib. vel posth. her.* CARPZOV. *d. Const.* 43. *d.* 13.

## TITULUS VI. SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR. L. 24. ff. t. 3.

DOTIS dominium sic transferri solet in maritum, ut sit revocabile *l.* 9. *C. de R. V. l.* 30. *C. de Jure dot.* Qua igitur actione dos data ab ipso repeti possit hoc loco recensendum est.

I. AD repetendam dotem præcipue comparata est *Actio ex stipulatu*, quæ est actio personalis, rei persecutoria, bonæ fidei *l. un.* §. 2. *C. de R. U. A.* §. 30. *I. de Act.* daturque soluto matrimonio ei, qui jus repetendi dotem habet, adversus eum, qui dotem reddere tenetur, ad hoc, ut vel dotem salvam, vel ejus æstimationem restituat.

II. NASCITUR hæc actio *e stipulatione vera vel ficta d. l. un.* §. 13. & locum habet soluto matrimonio; nam eo constante, dos uxori non debet refundi sine legitima causa *l. un. C. si dos const. ma*. *sol.* qualis est e. g. inopia mariti v. *l.* 29. *C. de Jur. dot.* & necessitas alendi parentem *v. l.* 73. §. 1. *ff. de Jur. dot.* WISS. *h. t. th.* 16.

III. ACTIONEM *hanc* ex stipulatu *instituit qui jus repetendi dotem habet*, id quod pro casuum diversitate competit, vel patri, vel uxori soli, vel utrique, vel extraneo, vel eorum heredibus. *Pater solus* repetit dotem profectitiam, divortio, nulla rationabili causa existente, ab uxore facto, *N.* 22. *c.* 19. item mortua in matrimonio filia, sive hæc in potestate patris, tempore mortis, fuerit, sive non *l.* 4. *C. solut. mat. l.* 5. *ff. de divort. l.* 6. *ff. de Iur. dot. l.* 59. *ff. h. t.* nec interest, utrum liberi superstites, nec ne *a. l.* 48. *ff. h. l.* 12. *pr. l.* 26 *ff. de Pact. dot.* quod posterius quamvis Iuri Civili conveniat BACH. *V.* 2. *D.* 7. *th.* 11. *l. c.* usu tamen fori contrarium esse receptum docent THESAURUS *Dec.* 190. OLDENDORP. *Class.* 4. *act.* 26. *in f. Magnif.* AUTH. *S. I. C. Ex.* 30. *th.* 49. HAHN. *ad Wesenb. h. t. n.* 3. *Sola uxor* dotem repetit profectitiam, si vel emancipata est, vel pater decessit, *a. l.* 71. *ff. de Evict. l. un.* §. 11. *C. de R. U. A.* adventitiam vero, quando extraneus nec stipulationem, nec pactum de reddenda dote interposuit *d. l. un.* §. 13. nulla distinctione adhibita, utrum morte, an vero divortio, culpa mariti accedente, solutum sit matrimonium. Utrique i. e. *& patri & uxori* ejus filiæ jus repetendæ dotis datur, cum dos est profectitia, filiaque in potestate patris constituta *l.* 2. §. 1. *ff. h. j. l.* 28. *ff. de Jur. dot.* *Extraneus* (sic vero appellatur omnis, qui non est parens virilis sexus, & in potestate dotatam personam non habet *d. l. un.* §. 13. *in f.*) actionem hanc ex stipulatu instituit, quando expressim sibi dotem reddi est stipulatus *d.* §. Recensitum *jus intentandi hanc actionem* jure hereditario *ad heredes transit. d. l. un.* §. 6 præterquam, quod eo casu, quo & patri & filiæ jus repetendi dotem profectitiam competere dixi, Patre etiam post litem contestatam decedente, dos omnimodo ad mulierem pertinet *d. l. un.* §. 11. *&* 14. *C. de R. U. A.*

IV. CONCEDITUR *actio ex stipulatu adversus eum, qui dotem restituere tenetur,* videlicet *maritum*, qui sui juris est, sive ipse, sive alii, ejus voluntate, data sit dos, item adversus *socerum* in cujus potestate maritus est, sive socero, sive marito illius jus-

fu, vel non juffu foluta fit, *l.22. §.12. ff. folut. matr.* nec non adverfus foceri, maritique heredes *d. §.12. l.46. ff. eod.* etiam fifcum *l.2. C. h.*

V. TENDIT *hac actio principaliter ad reſtitutionem dotis*, quando res dotales inæſtimatæ, vel æſtimatæ tantum taxationis gratia, translatæ funt *a. l.21. C. de Iur. dot.* ad reſtitutionem æſtimationis vero, quoties æſtimatione venditionis ergo facta, maritus prætii debitor effectus eſt *l.5. C. eod. Minus principaliter* actione hac petitur a marito præſtatio doli, latæ & levis culpæ *l.17. ff. de Iur. dot.* nec non *fructuum* pro rata communicatio *l.11. ff. eod. Iure Saxonico* autem folus maritus percipit fructus, poſtquam agri culti, raſtrisque fubacti funt. *Land-Recht l.3. a.76.* CARPZOV. *p.3. C.32. d.6.*

VI. EFFECTUS hujus *actionis eſt reſtitutio dotis*, quæ in re immobili ſtatim, in re mobili intra anni ſpatium fieri debet *l. un. §.7. C. de R. U. A. Qui effectus* vel pro parte, vel in folidum *impeditur*. *Pro parte* propter beneficium competentiæ perfonale, quod ob reverentiam marito tributum eſt, ita, ut huic renunciari non poſſit *l.12. l.13. l.14. §:1 ff. h.* non vero illius heredibus *d. l.12.* exceptis filiis *l.18. pr. eod.* Reſtitutio *in folidum* impeditur (1) propter malitioſum uxoris divortium *l 38. ff. h.* & adulterium *N.117. c.8.* (2) Propter interitum rei dotalis, venditionis gratia non æſtimatæ, fine culpa mariti accidentem. *l.24. ff h.* CARPZ. *P.2. C.42. d. 19. 20. & 21.*

## TITULUS VII. AD MUNICIPALEM ET DE INCOLIS.

Ad l.1, Jpr. T.13. Aph. 1.

STATU libertatis & familiæ perpenſo, ad ſtatum Civitatis ducimur, cujus laudabiliter dirigendi ergo, Jus municipale inventum, *l.25. ff. h. &* municipiis a Romanis non raro relictum eſt, vid. *l.37. ff. de reb. auct. jud.* WISS. *C. adff. t. de V. S. d.7. th.10.* id quod confiſtit primo in perſonis *Tit. 1.2.3.* Secundo in muneribus & honoribus obeundis *Tit. 4. 5.6.7.* Tertio in rebus & pecuniis municipalibus. *Tit. 8.* Quarto in decretis ab ordine faciendis *Tit. 9.* Quinto in operibus publicis *T.10.* Sexto in Jure Nundinarum. *Tit. 11.* & cenſuum. *Tit. 15.*

I. PERSONAE de quibus jus municipale diſponit, funt vel privatæ, ut municipes & incolæ; vel publicæ, ut decuriones, de illis hoc t.7. agitur, de his tit. ſeq. *Municipes* aut cives, appellantur perſonæ, quæ in municipiis jus civitatis habent acfuffragiorum, honorum & onerum funt participes *v. l.1. §.1. ff. h. Magnif.* AUT. *S. J. C. Ex. 50. th.48.*

II. CUM vero *jus municipii* vel *per originem*, vel *per aſſumtionem* quæratur, nata inde eſt municipum in *originarios & voluntarios* diſtinctio. *Originarii* funt vel *vere* per nativitatem, vel *ficte* per manumiſſionem, aut adoptionem tales *l.1. pr. ff. h.*

III. NATIVITAS filium facit municipem illius civitatis, cujus municeps pater eſt, *l.1. §.2. ff. h.* Is vero, qui ex vico ortus eſt, eam patriam intelligitur habere, cui reipublicæ vicus ille reſpondet *l.30 ff. h. v.* CARPZ. *P.2. C.5. d.1. n.6. & 7.* Matris muncipium non ſequitur filius, niſi vel ſpurius fit, vel hoc privilegium certæ civitati conceſſum fuerit *d. l.* etiamſi caſu alibi edatur partus *l.3. C. de Municip.* Hoc *domicilium nativitatis* Jure Civili mutari non poteſt *l.6. ff. h. l.4. C. eod.* poteſt quoad effectus civiles *v. l.31. ff. de R. I.* mutari moribus GAIL. *l.2. obſ.36. n.5. ſeqq.* HAHN. *h.*

*num.* 4. FRANZ. *l.* 1. *Ref.* 16. *num.* 44. CARPZ. *Proc. T.* 3. *art.* 1. *num.* 7. *seqq.* LAUTERB. *V.* 2. *D.* 6. *de domicilio c.* 1. *th.* 14. *Manumissio* jus municipii tribuit liberto, in loco uno vel pluribus, ubi illud Patronus habet *l.* 22. *pr. l.* 27. *ff. h. Adoptio* jus municipii patris adoptivi filio adoptivo largitur, ita tamen, ut cum jure municipii, quod ipse a patre naturali habet, cumuletur. *l.* 15. §. *f. l.* 17. §. 9. *ff. h.*

IV. MUNICIPES *Voluntarii fiunt per allectionem seu assumtionem. Allectio* est ejus, qui Civis non erat, in numerum civium receptio. *Jus recipiendi* civem *Senatui civitatis* tributum est v. *Er. L. Gebr. de A.* 1609. *tit. In Just. Sachen* §. *Ebenermassen;* debet autem in assumtione fieri I. *in Conditionem* recipiendi *inquisitio*. Nam jure Civitatis donari non solent Hæretici *d. l.* 4. *C. de Haret.* infames, banniti, Judæi, cives & subditi alieni. *A. B. c.* 16. incertæ originis (unde origo per literas natalitias probari solet) homines, lenones, usurarii, circulatores, &c. *Magnif.* AUT. *S. J. C. h. th.* 50. HAHN. *ad Wesenb. h. II. Certa pecunia solutio*, quæ vocatur *das Bürger-Geld*, cujus quantitas plerumque arbitrio senatus relicta est *III. Juramenti* de obsequio & fidelitate *præstatio*, quæ licet regulariter solennis sit, loco ejusdem tamen in personis certis honoratis, & Clericis, alicubi recepta est stipulata manu facta promissio, ut testatur de Civitate Misnensi ER. D. L. GEB. de A. 1653. *tit.* 57. §. 107: *IV. Receptio in matriculam v. cit. Dd.*

V. INCOLA, *Einwohner est*, qui in aliqua Civitate domicilium constituit, atque ad munera publica sustinenda obstrictus est, Jure Civitatis non impetrato *l.* 22. §. 2. *l.* 29. *ff. h. l.* 5. *C. de incol.* Hic a municipe plurimum differt, & non, nisi in gradu remissiori, civis appellari potest, quia suffragiorum & honorum incapax est. *l.* 3. *C. de Incol. l* 7. *C. eod.* v. ECK. *C. ff. h. t.* §. 8. *Constituitur domicilium* animi destinatione, cum facto habitationis conjuncta *l.* 20. *ff ad* 1. *Munic. l.* 2. *l.* 7. *C. de Incol.* idque in duobus locis nonnunquam haberi potest. *l.* 27. §. 2. *ff. h. l.* 5. *ff. eod. Constituunt domicilium* rationis usu non destituti, seu Pater, seu filius familias *l.* 3. *l.* 4. *ff. h. v. pluribus Magn.* AUCT. *Jurispr. l.* 4. *t.* 5. *aph.* 3.

VI. CIVES *& incola* (1) *obligantur* Domino territoriali, in cujus territorio jus Civitatis impetrant, aut domicilium constituunt, ad fidelitatem, obedientiam, & subjectionem præstandam (2) Magistratibus loci inferioribus ad reverentiam & obsequium, pro jurisdictionis concessæ modo exhibendum. (3) Munera civilia ferre tenentur *l.* 29. *l.* 22. §. 2. *ff. h.* (4) Coram Magistratibus municipalibus in causis, ad eorundem Jurisdictionem pertinentibus, conveniri possunt. *l.* 26. *ff. h.* Pro oneribus *fruuntur* etiam *emolumentis* civitati communibus e. gr. Jure commerciorum, foro, balneo, spectaculis, &c. *l.* 27. §. 1. *ff. h.* Quamquam *diversa in eo Civium & incolarum sit conditio*, quod incolæ ad honores & similia non adhibeantur, item Jura commerciorum, pascuorum &c. (v. ER. L. GEB. de An. 1612. t. *Von Justiz-Sachen* §. 31.) plerumque vel denegata, vel angustis limitibus circumscripta habeant, quibus jus civitatis nacti multo liberius utuntur. Conf. LAUTERB. *d. V.* 2. *D.* 6. *c.* 8. *th.* 54. *&* 55. *seqq.*

VII. JUS *municipii, vi adoptionis* quæsitum, per emancipationem *extinguitur l.* 16. *ff. h.* Illud vero, quod *Nativitate vel assumtione* acquisitum est, item *Jus incolatus*, renunciatione, bona fide facta *l.* 34. *ff. h.* vel *expressa* vel *tacita;* ut actuali voluntatis & habitationis mutatione, tollitur, dummodo habitationis mutatio fiat *legitime*, se-

cundum statuta Civitatis: ubi enim *Census emigrationis, Nachsteur, Abzug, Absfahrt, Abschoß*, receptus est, ibi iste in Civitate, quæ deseritur, pro quantitate, statuto vel moribus definita, solvendus est GAIL. 2. *O.*36. *n.*9. Item quoties emigratio statuto expresso prohibita est, renunciatio regulariter nullum habet effectum v. MEV. *ad Jus Lubec. l.*1. *t.*2. *art.*2. *n.*70. In dubio tamen statutum ita interpretandum est, ne facultas, Juri Civitatis renunciandi, adempta censeatur *d. l.*71. §.2. *ff. de Cond & dem.* HAHN. *ad Wesenb. h.*

## DE COLLEGIIS ET CORPORIBUS. L.47. ff. t.22.

HACTENUS considerati sunt municipes simpliciter, jam spectandi veniunt, quatenus vel sunt in Collegio vel extra Collegium.

VIII. COLLEGIUM est plurium personarum ejusdem potestatis & muneris, rerumque ad id pertinentium, societas, Principis autoritate firmata, *l.*1. *ff. de Coll. & Corp. item l.*85. *ff. de V. S.* ubi WISS. Dividuntur *Collegia* in *licita* & *illicita*. *Licita* sunt, quæ autoritate Principis sunt confirmata *l.*1. *ff. h.* Magistratus inferior enim jus confirmandi non habet HAHN. *ad Wesenb. h. t. verb. postea*. *Illicita*, quæ non confirmata *l.*1. *ff. h. l* 8. *C. de Hered. Inst.* De licitis loquitur definitio tradita, eaque ad sui constitutionem tres, ad minimum, personas requirunt. *l.*85. *ff. de V. S. v.* ANTON. MATTH. *de Crim. l.*47. *t.*15. *n.*12. ad conservationem una persona sufficit *l.*7. §.2. *ff. Quod cuj. univ.* CARPZOV. *P.*2. *C.*6. *d.*17. *n.*4.

IX. PERMISSUM est Collegiis licitis pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant *l. f. ff. h.* Hodie *statuta Collegiorum* confirmanda sunt a Principe *v.* WEHNER. *Observ. pract. voce Zunfft, Innungen, Gilden-Meister*. Solet autem Magistris Collegiorum, *den Zunfft-Meistern*, statutis certa Jurisdictio concedi, qua in rebus ad Collegium pertinentibus utantur CARPZ. *P.*2. *Const.*6. *d.*9. quæ tamen ad alias causas, aut delicta publica, extendenda non est, idem *d* 10. *& Dec.* 285.

X. COLLEGIUM illicitum constituentes incidunt in pœnam arbitrariam, aliquando imperatur nuda dissolutio, concessa pecuniæ communis partitione *l.*3. *ff. h.* quando criminis publici rei fiunt, *v. l.*2. *ff. h. & apud* ANT. MATTH. *de Crim. l.*47. *t.*15. *c.*2.

## TITULUS VIII. DE DECURIONIBUS ET FILIIS EORUM. L 50. ff. t.2.

JURIS Municipalis Caput primum personas considerabat, easque vel privatas, vel publicas; De privatis actum est, progrediendum igitur ad publicas, quæ sunt Decuriones.

I. SUNT autem decuriones personæ, quæ in municipiis consilio publico vacant, quasi Curiæ suæ senatores *a. l.*33. *l.*41. *C. de decur.* E Decurionum numero legi solebant Duum-Viri, Consulum personam referentes, & defensores Civitatum, Tribunis plebis similes. *v.* HILL. *ad Don. l.*2. *c.*21. *l. c.*

II. DECURIONUM alii *fiunt Nativitate l.*31. *C. h.* alii *Electione*. Eligi possunt filiifamilias *l.*5. *C. h.* etiam spurii & incestuosi, vitæ honestæ, ita tamen ut his competitor legitime natus, præferatur *l.*3. §.2. *l.*6. *ff. h.* item illiterati *l.*6. *C. h.* non ve-

ro minores viginti quinque annis, nisi ex justa causa, qui electi suffragium in Curia non ferunt. *l* 8. *ff. de Mun. l.* 6. §. 1. *ff. h.* neque relegati *l.* 15. *ff. ad munic.* aut criminum capitalium rei *l.* 17. §. 12. *ff. eod.*

III. DECURIONUM *munus est* Rempublicam administrare *l* 8. *ff. de muner.* Præcepta Præsidum exequi *l.* 47. *C. h.* pecuniam publicam tractare *l.* 1. §. 1. *ff. ad Munic.* exigere tributa *l.* 17. §. 7. *ff. eod.* Ad hunc decurionatum cives, etiam inviti, olim magno cum rigore compellebantur *l.* 51. *C. h. l. un. C. si Curial. rel. civ.* *l.* 1. *ff. h.* *Hodie* cum detrectatoribus Magistratuum, & senatoriæ dignitatis, mitius agi solet, jam pœna amittendæ habitationis in Urbe, jam carceris, jam pecuniaria dictata *v.* HAHN. *ad Wesenb. h. t. n.* 2.

IV. DECURIONES propter *privilegium* concessum torturæ non subjiciuntur, fustibus non castigantur, in metallum non damnantur, quod jus etiam ad filios transit, idemque in eo, qui desiit esse decurio, obtinet. *l. f. l* 2. *§.* 2. *ff. h.* Id quod *hodie* ad Magistratus, qui legitime deposuerunt dignitatem, applicant. His enim ordinem immunitatemque conservari volunt DD. *in d. l.* Præterea facultatibus lapsi decuriones e publico aluntur *l.* 8. *ff. eod.*

V. AB *his Decurionibus* frequens ducitur *argumentum* ad Magistratus & *Senatores Civitatum Provincialium, Rath-Männer oder Raths-Herrn*, modo nulla diversitatis ratio appareat. Senatores autem Civitatum vel Imperialium, vel amplissime privilegiatarum, longe potioris sunt conditionis. Sed liceat, utilitate summa monente, potiora, quæ circa Magistratus municipalis conditionem & privilegia hodie observari solent, inprimis e prælaudato HAHNIO *ad Wesenb. h. t. n.* 5. referre. Ubi præsupponitur, Magistratum hunc inferiorem, secundum formam receptam, homagium præstitisse domino territorii, suscepto ab eodem Regimine *v. c.* 13. *X. de Maj. & obed.* Civitatisque jura a Domino territoriali esse confirmat. Quo præmisso, plerumque Civitates habent Jura sequentia. Et quidem circa res humani juris (1) jus exigendi juramentum obsequii a Civibus: formulam Lipsiæ usitatam *v.* apud ZIEGL. *de Jur. Maj. l.* 1. *C.* 29. *th.* 15. (2) Jus, mixtum Imperium exercendi *a. l.* 26. *ff. ad Munic. item l. f. de Off. ej. cui mand. v.* ZIEGL. *ad Lancell. l.* 3. *t* 1. *§.* 10. *verb. vel superioris*, (3) Jus braxandi *v. l.* 3. *C. de Commerc. & merc.* adeo ut singulis Civitatibus Jure Saxonico fundatum de Jure privilegium competere, ne infra milliare circum circa vinum vel cerevisia extranea venalis habeatur, & ne fiant hujusmodi decoctiones, afferat ZIEGL. *de jur. Maj. l.* 1. *c.* 43. *th.* 8. (4) Asservationem armorum ad defendendos limites, *Freyschiessen.* Conf. ZIEGL. *d Tr. l.* 1. *C.* 33. *Th.* 32. (5) Jus, metata & inhospitationes distribuendi *l.* 3. *C. de metat.* (6) Jus tacitæ hypothecæ in bonis administratorum *l. f. C. Quo quisque Ord.* BERLICH. *P.* 1. *Concl.* 67. *n* 41. *& seqq.* (7) Jus archivi *N.* 15. *c* 5. & actorum conficiendorum *l. f. C. de Magist. munic.* quo refertur jus attestandi de actibus voluntariæ jurisdictionis *l.* 31. *C. de donat.* (8) Jus, indicendi collectas forenses *Standt- oder Marck-Geld*, quia forum est universitatis, item colligendi, distribuendique collectas & accisas, (9) Jus sigillorum, (10) Jus servandi claves portarum, (11) Jus dandi tutores, quod Jure Civitatis sub distinctione competebat §. 1. *I. de Attil. Tut. ubi* VINN. Jure moderno indistincte concessum est *Recess. Imp. de A.* 1577. *rubr. Von Pupillen und Minderjahrigen* SCHULZ. *Syn. Inst. Jmp. t. de Attil. Tut. lit. a.* (12) Jus prælationis inter chiro-

chirographarios, ratione Crediti *l.38. §.1. ff. de reb. auct. jud. poss.* ratione tributi in prima classe collocantur. CARPZ. *P.1. C.28. d.47.* RICHTER. *de Jure & Priv. Cred. cap.2. membr.5. n.1.* BERLICH. *P.1. Concl.64. n.164.* (13) Jus mittendi deputatos, BRAUTLACH *Epit. Jurispr. publ. l.4. c.3. num.6.* de Jure Civitatis *vid. l.1. & 4. §.5. ff. de legat.* Civitates liberæ legatos mittunt BRAUTL. *c. l.* (14) Jus tuendi & curandi, non instituendi collegia *l.1. ff. Quod cujusque univers.* (15) Jus creandi Magistratum e suo corpore, aliquando illimitatum, aliquando limitatum, (16) Immunitatem a servitiis, *von den Frohn-Diensten,* (17) Jus habendi, inspiciendique pondera & mensuras, *l.9. C. de Defens. Civ. item l.9. C. de susceptoribus* ZIEGL. *d. Tr. l.1. c.45. th.12.* (18) Jus habendi arcam communem *l.1. §.1. ff. Quod cujusque univ.* Circa res divini juris habent Magistratus municipales plerumque (1) Jus exigendi impensas ad restaurationem templorum, & constituendi Provisores, (2) Jus erigendi scholas, salvo tamen Episcopali Jure. *v.* ZIEGL. *d. Tr. l.1. c.23. th.3.* (3) Jus pro mendicis colligendi eleemosynas, quas etiam ob necessitatem Reipublicæ certo modo imperari posse, tradit FRANZ. *l.2. Resp.7. n.28.*

## DE ALBO SCRIBENDO. L.50. ff. t.3.

VI. DECURIONUM nomina in albo, seu tabula, olim scribebantur eo ordine, quo Lex municipalis præcipiebat. Lege cessante, habebatur dignitatis ratio, in quo major minori, & inter pares antiquissimus præferebatur. Nullo ordine functi locabantur, prout quisque eorum in ordinem venerat. Idem ordo in sententiis ferendis spectabatur *l.1. pr. & §.1. ff. h. Hodie* totum *regimen Senatorium in Consules & Senatores in specie distinguitur.* Consulum numerus pro amplitudine, & more Civitatis, plerumque binarius vel ternarius, vel quaternarius est, e quibus præfertur Regens, seu verbipotens *der regierende, oder Worthabende Bürgermeister*, qui consultanda proponit, vota colligit, decreta publicat &c. Administratio Reipublicæ suprema, & inspectio ad Consules pertinet, reliquis functionibus ordini Senatorum relictis, e quibus vel seniores, vel ratione officii, potiores, alios antecedunt. Distinguuntur autem a diversis, quibus præsunt, officiis; hinc alii sunt *Richt-Herren*, alii *Schoß-Herren*, alii *Steuer-Herren v.* HAHN. *ad Wesenb. h. t.* Sed hæc, & specialiora e facie cujuslibet Reipublicæ colligenda sunt.

## DE SENATORIBUS. L.1. ff. t.9.

DE Senatorum Ordine in municipiis hactenus. Restat, ut Senatores Romanos non relinquamus intactos.

VII. SENATORIS nomen est nomen Ordinis, qui Equestri & Plebejo solet opponi, *d. l.10. C. de Nupt.* HILDEBRAND. *in Antiq. Rom. Verb. Ordo.* Hoc sensu senator dici potest, qui legitime ab eo, qui jus legendi habebat, ad summum ordinem evectus est, consilii publici gratia. Successu temporis autem senatoria dignitas, etiam sine lectione, parta, & e potestate, sententiam dicendi in senatu, æstimata est. *l.5. §. ff. h. item N.62.* quod pluribus tradit FRANTZ. *C. ff. h. t. n.13. seqq.*

VIII. SENATORII ordinis *dignitas* erat amplissima, quæ *per maritos ad uxores transibat l.8. ff. h.* GAIL. *de Pac. Publ. l.1. c.6. n.21.* maritisque vita functis, apud viduas permanebat, usque dum aliis nuberent viris *l. f. ff. h. l.10. C. de nuptiis* unde uxores *hodieque beneficiis dignitati maritorum, non officio, adhærentibus gaudent*. e. g. Ministri Ecclesiæ vidua dignitate mariti, qui mortuus est, fruitur, non vero jure petit gratuitam in domo ecclesiastica habitationem, quæ marito defuncto, intuitu officii, concessa erat, CARPZ. *P.4. C.21. d.11.*

IX. LIBERI *Senatorum Patris dignitate corruscabant*, etiamsi essent, parente nondum in senatoria dignitate constituto, nati. *l.5. ff. h.* quod *hodie* ad *liberos Nobilitatorum*, ante nobilitatem quæsitam, natos; item *liberos a Magistro opifice, Meister-Kinder*, antequam pater fieret Magister, procreatos, applicant, HAHN. *ad Wesenb. h.t. verb. Liberis.* CARPZOV. *P.2. C.10 d.32.* *Dignitatem* hanc *liberi non amittebant, Patre senatu moto*, dummodo ante amissam dignitatem concepti essent. *l.7. §.1. ff. h. t.* atque ita statutis Collegii gaudent opificum aut mercatorum liberi, licet pater indignum se Collegio reddiderit. CARPZOV. *Dec.* 298. Senatores Romani *Senatu movebantur ob turpitudinem l.2. ff. h.* proinde nec *hodie* injustum censebitur, Senatu quenquam ob stuprum, vel fornicationem moveri. CARPZOV. *P.1. Dec.17.*

## TITULUS IX. DE MUNERIBUS ET HONORIBUS.

L. 50. ff. t. 4.

JURIS Municipalis Caput II. est de Muneribus & honoribus.

I. MUNUS hoc loco est administratio Reipublicæ sine dignitatis gradu. *l.14. §.1. ff. h. Wiss. ad ff. h. t. th.16.* idque *distinguitur* in *Personale, Patrimoniale, & mixtum l.18. pr. ff. h.* Munus *personale est*, quod animi provisione, & corporalis laboris intentione, sine aliquo gerentis detrimento, expeditur *l.1. §.3. l.18. §.1. ff. h.* & quia vel directo, vel demum per consequentiam, publicam utilitatem respicit, in *privatum & publicum* dispescitur. *Publicum* est, quod directo ob utilitatem publicam injungitur *d. l.14. §.1.* ut Quæstura in Civitate *l.18. §.2. ff. h. Privatum*, quod directo ad utilitatem privatam imponitur, ut Tutela, Cura, *d. l.18. §.1. j. l.1. §. f. ff. eod.* Præterea distinguitur Munus *personale in præstans, & sordidum. l.7. C. de S. S. Eccl. l.12. C. de Excus. mun. Præstans est*, quod magis animi, quam corporis ministerio perficitur. *l.18. §.2. ff. h.* e. g. Kalendarii curatio. *Sordidum* est, quod magis corporis, quam animi labore expeditur e. g. Excubias agere.

II. MUNUS *Patrimoniale* est; quod sumtibus patrimonii, & damnis administrantis expeditur. *l.18. §.18. l.1. §.3. ff. h.* Idque *est vel mere, vel quodammodo reale. Mere reale*, quod simpliciter rebus imponitur, nullo ad personas habito respectu, e. g. viarum munitio *l.14. §.2. ff. h. t. Quodammodo reale est*, quod personis propter res indicitur *l.6. §. f. l.18. §.12. ff. h.* ut collectæ v. BRUNNEM. *Repet.* ; *Wes. h. t. q.* 7. deinde Munus *Patrimoniale* dividitur in *ordinarium & extraordinarium. l. f. C. de Mun. Patrim. Ordinarium* est, quod a lege, propter utilitatem, vel necessitatem ordinariam indicitur. *Extraordinarium* vero, quod per Magistratum ex improviso, propter utili-

tatem, vel necessitatem extraordinariam, injungitur *l.8. §.3.ff. de Vacat. & excus. mun. l.1. C. eod. v.* FRANZ. *l.1. R.20. num.29.*

III. MUNUS *mixtum est*, quod & personali opera & patrimonii sumtibus, præstatur. *l.18. §.26. ff. h.* e. gr. Exactio tributorum *d. §.26.*

IV. MUNERA *personalia* etiam *a Magistratu inferiore* imponuntur *v. l.6. §.2. ff. de Tutel. l.9. ff. de Vacat. vel excus.* Munera *patrimonialia* vero ab eo, qui Majestatis jure gaudet *v. l.8. C. Excus. mun. l. un. C. de Superindict.* item a Principibus Jure superioritatis territorialis, *non* vero *a Magistratibus inferioribus*, nisi vel summa necessitas hoc exigat, vel singulorum consensus id approbet. *v.* ZIEGL. *de Jure Maj. l.2. c.1. th.17. & 19.* ECK. *h. t. §.11.*

V. MUNERA *personalia* non nisi *civibus & incolis* regulariter *imponuntur. l.3. C. de incol. l.1. §. f. ff. de Tut. & Cur. dat.* FRANZ. *l.1. Ref.17. n.5.* Munera *patrimonialia* mere realia, etiam forenses onerant *l.18. §.22. l.12. l.6. §.4. ff. h.* quodammodo realia, tantum municipes & incolas *l.6. §.5. ff. h.* nisi consuetudine aliud receptum sit. *v.* GAIL. *l.2. Obs.63. n.12. & Obs. prac.*

IV. DEFERTUR Munus *secundum proportionem Geometricam l.14. §.3. ff. h.* quod quomodo defendi possit, novissime tradit ZIEGL. *de Jur. Maj. l.2. c.3. th.24. seqq.* pro eodem vero pecuniæ præstatio regulariter non admittitur, *l.16. pr. & §.1. ff. h. j. Magnif.* AUT. *h. t. th.69.*

VII. HONOR *est* administratio Reipublicæ cum dignitatis gradu *l.14. pr. ff. h.* In honore distribuendo Geometrica proportio attendenda est. *d. l. §.3.* æqualitatis servandæ gratia *l. f. C. Quemad. Civ. mun. ind.* Deferendi sunt honores gradatim *l.1. ff. h.* nisi aliud sit cautum lege municipali, quæ sub conditione, si personæ sunt idoneæ, intelligenda est. *d. l. §.1.* Rationis autem non est, ut majoribus honoribus functi ad minores devocentur *l.2. C. Quemad. Civ. mun.*

## TITULUS X. DE VACATIONE ET EXCUSATIONE MUNERUM. L.50. ff. t.5.

## DE JURE IMMUNITATIS. t.6. d. lib.

CIVIS excusare se potest a munere, quod defertur, si vacationem, vel immunitatem habeat. Quæ verba, vacatio & immunitas, cum synonymice adhibeantur a Callistrato in *l.5. §.1. & 7. ff. de Jure immun.* titulos hos conjungere placuit.

I. EXCUSATIO in actu spectata, est allegatio justæ causæ, ob quam a civili quis munere liberetur. *l.1. pr. & §. f. ff. de vacat. vel excusat.* hæc ob vacationem aut immunitatem locum habet, & statim alleganda est *l.13. §. f. ff. eod. l.18. ff. de V. S.* Alias vacationem in specie dicitur habere is, cui certum tempus, quietis causa, ob honorem aut munus publicum, quod gessit, concessum est, ut negotia propria curare possit e. g. is, qui Reipublicæ causa abfuit, reversus, habet a novis tutelis anni vacationem *§.2. I. de Excusat. Tut. j. l.4. ff. de vacat. v. exc.* HAHN. *ad Wesenb. h. t. n.2.* Est igitur *immunitas*, specialiter accepta *perpetua: Vacatio* autem *temporalis l.1. l.5. §.1. ff. h. l.12. ff. de vacat.*

II. ACQUIRI *potest immunitas* (1) Principis imponentis *privilegio* speciali *l.* 11. *ff. de vacat.* a muneribus personalibus, patrimonialibus & mixtis. *l. un. C. de his qui a Princ. vac. accep. item l.*35. *ff. de R. J.* dummodo privilegium sit justum, i. e. in aliorum civium iniquum non vergat præjudicium ZIEGL. *de Jure Maj. l.* 1. *c.* 2. *th.* 43. *vide tn.* HAHN. *ad Wesenb. tit. de Jure immun.* Non civitatis municipalis indultu, nisi vel qualitas muneris id permittat, vel civitati, ut toti aggregato impositum sit a Principe munus, ZIEGL. *c. l. th.* 60. vel ex amplitudine privilegiorum hæc potestas promanet *v. l.* 1. *C. de decret. decur. sup. immu. l.* 1. *C. de Oper. publ.* (2) Acquiritur immunitas *consuetudine a. l.* 1. *C. Exc. & translat. mil. ann.* (3) *Pacto*, cum imponente compensativo, (4) *Præscriptione* immemoriali *a. l.* 7. *C. de Fund. rei priv. L. XI. v.* ZIEGL. *c. l. th.* 52. HAHN. *ad Wesenb. h.*

III. DATA est aliis a personalibus, aliis a patrimonialibus muneribus immunitas. *Immunitas* autem *a muneribus personalibus competit* aut ob conditionem personarum, aut legis concessionem. *Ob conditionem personarum* tribuit immunitatem (1) *Ætas*, non tantum *senilis*, propter senectutis venerationem *l.* 3. *l.* 5. *ff. de Jure immu.* in decurionatu autem annus LV. *l.* 11. *de Decur.* in aliis muneribus LXX. determinatus est *l.* 2. §. 1. *ff. de vacat.* (quod non obtinet in honoribus *d. l.*) sed etiam *minorennis*, id quod in honore deferendo quoque attenditur. *l.* 8. *ff. de muner.* (2) *Sexus* in fœminis *l.* 3. §. 3. *ff. eod.* nisi qualitas muneris sit talis, ut illius is sexus sit capax *l. un. C. de mul. in quo loc. l.* 5. *C. de his qui num. lib.* (3) *Morbus*, qui hominem muneri perferendo reddit imparem *l.* 2. §. 7. *ff. de Vacat. t. t. C. Qui morbo se exc.* (4) *Dignitas*: nam honorem sustinenti munus imponi non potest, *l* 10. *ff. de Muner.*

IV. OB *legis concessionem* immunitate a muneribus personalibus nonnulli fruuntur justa ex causa *l. un. C. de his, qui a Princ. vac.* & quidem (1) *Clerici l.* 2. *l.* 6. *C. de Epist. & Cler.* CARPZOV. *Jurispr. Consist. l.* 2. *t.* 19. *d.* 308. *n.* 2. idem de Conjuge, liberisque clericorum sentiendum *d. l* 2. §. *f.* (2) *Professores* cujuslibet Facultatis, & *Doctores* Legum cum Uxoribus & filiis. *l.* 6. *C. de Prof. & Med.* (3) *Senatores l.* 4. *C. de dignit.* aliique in maximo dignitatis culmine constituti *v. l.* 12. *C. de Excus. mun.* (4) *Milites* actu militantes *l.* 3. §. 1. *ff. de mun.* & *honor. l.* 7. *ff. de vac. & exc. l.* 5. *ff. de veteran.* (5) *Parentes quinque liberorum l.* 3. § 6. *l.* 4. *ff. de mun.* quod ad honores non pertinet *l.* 2. §. 1. *ff. de vacat. vel excus.*

V. A *muneribus Patrimonialibus* regulariter nulla immunitas est. *l.* 10. *ff. de vacat.* *Sunt* vero per exceptionem *immunes* (1) *Clerici in bonis Ecclesiæ*, quæ possident, ut domibus parochialibus &c. *l.* 1. C. *de Episc. & Cler. c.* 1. *X. de immun. Eccl. c.* 1. *X. de Cens. & exact.* CARPZOV. *dict. d.* 308 *ubi prajud.* non in propriis ZIEG. *de Jure Maj. l.* 2. *c.* 2. *th.* 20. & 11. *ubi prajud. vide tn. l.* 7. C. *de S. S. Eccl.* (2) *Milites & veterani* a certis *l.* 18. §. 29. *ff. de mun. & hon. l.* 10. §. 2. *ff. de Vac. vel exc.* non tamen omnibus *l.* 11. *ff. eod. l.* 18. § 23. & 24. *eod. l.* 7. *ff. de vac. v.* ZIEGL. *d. Tr. th.* 41. Non sunt immunes parentes, sive duodecim sive sedecim liberos habeant, *l.* 5. C. *de mun. Patr. l.* 6. §. 4. *ff. de mun.* ZIEGL. *d. Tr. l.* 2. *c.* 2. *th.* 42. ubi non aliud usu observatum esse, meminit. (3) *Professores* omnes & *Doctores* Legum a munere hospitum recipiendorum *l. f.* §. *f ff. de mun. l.* 6. C. *de Prof. & Med. l.* 3. *l.* 6. C. *de Mun. patrim.* Angariarum præstatio etiam liberalium Artium Professoribus remissa est *l.* 10. §. 2. *ff. de vac. item l.* 11. C. *de Prof. &*

*Med. Hodie* Professores plerumque Universitatis ædificia, a tributis immunia, inhabitant, propria vero sibi comparantes, instar Clericorum immunitatem non habere videntur, licet ea, præter hos etiam Doctores diligenter docentes, ex æquitate donandi sint, secundum ZIEGL. *c. l. th.* 38. *seqq.* (4) *Inopes* quatenus tales, onera patrimonii ipsa non habendi necessitate non sustinent. *l.* 4. §. 2. *ff. de Mun. & hon. l.* 10. §. 3. *ff. de vac. & exc.* (5) *Vasalli*, quia servitia feudorum nomine præstant. CARPZOV. *l.* 4. *R.* 71. *item* ER. L. GEBR. *de An.* 1661. *tit. Cammer- und Rent- Sachen §.* 4.

VI. TRIBUITUR *immunitas vel personis vel rebus. Personis vel veris vel fictis.* Personis veris concessa cum iisdem perit. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de Jur. imm. item l.* 68. *ff. de R. J.* nisi concessa sit eo jure, ut ad posteros transmitteretur, quo casu in perpetuum durat, *l.* 4. *ff. eod.* ad eos tamen, qui ex fœminis nati sunt, non pertinet. *l.* 1. §. *f. ff. eod.* Personis *fictis*, e. gr. Collegiis datæ immunitates perpetuæ sunt. *add. l.* 6. *ff. de Ann leg. item l.* 7. §. *f. ff. Quod cujusque univers. Rebus* indulta immunitas nunquam extinguitur *l.* 3. §. 1. *ff. de Cens.*

VII. DENIQUE qualescunque concessæ sint *immunitates ab oneribus extraordinariis*, quæ necessitate Reipublicæ singulari urgente indicuntur, *non excusant. l.* 1. *C. de quib. mun. l.* 1. *C. ut nem. lic. in emt.* CARPZOV. *l.* 4. *Resp.* 75. nisi concessione immunitatis onera hæc extraordinaria specialiter sint comprehensa, ut testatur *præjudicium ap.* ZIEGL. *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 2. *th.* 61.

## DE LEGATIONIBUS. L. 50. ff. t. 7.

VIII. MUNERIBUS personalibus accensetur *Legatio l.* 1. §. 2. *ff. de Mun. & hon.* quæ est munus publicum *l.* 4. §. 5. *ff. h.* quo quis ad Reipublicæ negotia curanda mandato instruitur, & peregre ablegatur.

IX. LEGATUS *mittitur ab eo, qui Jus Legationis habet*, quod *olim* quidem *Civitatibus*, etiam *municipalibus* attributum erat. *l.* 1. *ff. h. Hodie* vero *ad regalia refertur.* municipiis, Jure Legatum mittendi, exclusis. Unde Personæ ab his delegatæ Procuratorum instar sunt, & Syndicorum, Deputatorumque nomine venire solent. *v.* LAMPAD. *de Rep. Rom. Germ. P.* 3. *cap.* 20. *n.* 2. *Magnif.* ZIEGL. *in sæpe laudato Tr. de Jur. Maj. l.* 1. *c.* 37. *th.* 2.

X. MITTUNTUR *personæ idoneæ*, quæ postulare pro aliis queunt *l.* 4. §. 1. *ff. h.* numero ternario, non plures *d. l.* 4. *§. f.* eo, quo in curiam lecti sunt, ordine. *d. l.* 4. §. 5. (quæ duo postrema in Legatis modernis non attendi, tradit ZIEGL. *c.l. th.*3.) etiam inviti *d. l.* Non autem Reipublicæ debitores *l* 4. §. 2. *ff. h.*

XI. JURE *Civili* Legatus etiam a subdito ad Imperantem mittitur *add. l.* 18. §. 12. *ff. de Mun. Hodie* a pari ad parem ZIEGL. *c. l. Jure Civili* Vicarium dare filium poterat *l.* 4. §. 4. *ff. h.* Hodie non potest idem *c. l.*

XII. LEGATIONIS *formale* constituunt *Instructiones*, seu literæ Credentiales, *Credentz- Schreiben*, quæ sunt vel *indefinita vel definita*, prout vel ex mittentis voluntate, vel negotii qualitate potestas Legati circumscripta est, *v.* KIRCHN. *de Leg c.* 7. *Officium Legati* est, ut mandatum exequendo commoda publica diligenter curet *add. l.* 14. *ff. h.* nec ante perfectam legationem negotiis, vel privatis rebus, se obstringat. *l.* 12. *ff. h.* sive propriis sive alienis *l.* 8. §. 2. *ff. h.*

XIII. HABENT autem *Legati* sua quoque *privilegia*, vi quorum (1) sunt sancti & inviolabiles Jure Gentium, quod de iis intelligendum, qui mittuntur ab his, qui Summi Imperii sunt inter se compotes *v. l.* 17. *ff. h.* GROT. *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 18. (2) Jus habent sumtus, legationi impensos, repetendi *l.* 2. *§. f. ff. h.* (non tamen Respublica, mortuo Legato, sumtus proficiscenti datos, recuperat, *l.* 10. *§.* 1. *ff. h.*) damnique reparationem etiam Legationis tempore postulandi *l.* 9. *ff. h.* (3) Vacationem a publico negotio *l.* 8. *ff. h.* (4) Immunitatem determinatam a Vectigalibus *l.* 8. *C. de Vectigal.* (5) Jure revocandi domum fruuntur, non tantum si ante legationem, sed etiam, si in ipsa Legatione contraxerint *l.* 2. *§.* 3. *&* 4. *ff. de Jud.* quod hodie observari tradit CARPZOV. *Dec. ill.* 78. HILL. *ad Don. l.* 17. *c.* 14. *l. N.*

## TITULUS XI. DE ADMINISTRATIONE RERUM AD CIVITATEM PERTINENTIUM. L. 50. ff. t. 8.

CAPUT Tertium Juris Municipalis de rebus & pecuniis municipalibus agit, quæ proba administratione conservantur.

I. ADMINISTRATIO *rerum ad Civitatem pertinentium est* munus personale. *l.* 18. *§.* 9. *ff. de Muner.* quod in eo consistit, ut (1) Administratores, pecuniam, ad certos usus Civitatis destinatam, ad alios usus non facile convertant *l.* 1. *l.* 4. *ff. h.* (2) Agros Reipublicæ sine cautione non locent. *l. f. §.* 3. *ff. h.* (3) Rationes administrationis, secundum fidem acceptorum & datorum ponant. *l.* 2. *§.* 2. *ff. h.* Licet autem Reipublicæ rationes subscriptas & expunctas adversus eum, qui administravit, intra vicennium; adversus heredem intra decennium retractare *l.* 13. *§.* 1. *ff. de Divers. temp. præscr.* Calculi erroris retractatio vero etiam post decennium aut vicennium admittenda est *l.* 8. *ff. h.*

II. NEGLECTO *ab Administratoribus officio*, *datur adversus eos*, & quatenus rei persecutoria est, adversus eorum heredes, *actio* personalis, ad hoc, ut ob culpam simplum, ob dolum duplum, *l.* 9. *§.* 4. *ff. h.* damni, tempore administrationis dati, præstent. *l. f. §.* 9. *ff. h.* una cum residui usuris *d. l. f. pr.* non vero usuris usurarum. *l.* 2. *§.* 5. *ff. h. Excell.* SWEND. *ad* ECK. *h. verb. Regulariter*. Pro indiviso constituti administratores singuli in solidum conveniri possunt. *add. l.* 3. *ff. h.* gaudent tamen beneficio Excussionis *l.* 2. *C. Quo quisque ord. conv. d. l.* 3. & nonnunquam divisionis *v.* WISS. *ad π. h. t. th.* 8.

## DE DECRETIS AB ORDINE FACIENDIS. L. 50. ff. t. 9.

JURIS Municipalis Caput 4. consistit in decretis ab Ordine faciendis.

III. DECRETA *sunt* Ordinationes Decurionum, quæ in salutem Reipublicæ fiunt. *Requiritur* autem, ut omnibus vocatis, duæ partes Decurionum fuerint præsentes, & ex illis major pars consenserit *l.* 2. *l.* 3. *ff. h. l.* 46. *C. de Decur. Poterant* vero *decreta condere de* Medici a se constituti *l.* 1. *ff. h.* liberaliumque Artium salario *l.* 4. *§.* 2. *ff. h.* & similibus causis, utilitatem municipii concernentibus *add. l.* 5. *l. f. ff. h.* non autem valebant decreta ambitiosa e. gr. si aliquem debitorem dimisissent. *l.* 4. *pr.*

*ff. h.* aut contra legem communem facta, *add. l. 3. §. 5. ff. de sepulc. viol. Obligant Decreta* non ignorantes, sed scientes. *l. 6. ff. h.* Cum his decretis hodie comparantur statuta.

## DE OPERIBUS PUBLICIS. L.50. ff. t. 10.

Juris *municipalis Caput 5. est de Operibus publicis.*

IV. Opera *publica dicuntur*, quæ ad universitatem pertinent, & publico usui ornatuique serviunt. *Hæc de novo* vel *exstruuntur vel restituuntur. Exstruuntur vel publico, vel privato sumtu.* Publico sumtu, non sine Principis arbitrio. *l. 5. C. h.* ita, ut non alius, quam Principis nomen, operi inscribatur. *l. 3. §. f. ff. h.* nisi quis in crimen læsæ Majestatis incidere velit. *l. 10. C. h.* Privato sumtu sine consensu Principis citra æmulationem, *l. 3. pr. ff. h. v.* Gail. *l. 2. Obs. 69. n. 18.* licet exstruere opus publicum *d. l. 5. C.* & tum operi privato nomen inscribi permittitur, *l. 2. pr. ff. h.* Opera publica ruinosa laudabiliter restituuntur, aut restaurantur cujusvis arbitrio & sumtu *l. 5. l. f. C. h.* ita, ut salvis Exstructorum titulis, adjici nomen restauratoris debeat. *l. f. §. 1. ff. h.* Cæterum operis publici exstruendi gratia nonnunquam domus privata dirui potest, sed pretio soluto. *l. 9. C. h.*

## DE NUNDINIS. L.50. ff. t. 11.

Juris *Municipalis Caput 6. agit de Nundinis.*

V. Nundinae *sunt* conventus hominum, mercandi gratia, autoritate publica, instituti. Dividi solent in *Vulgares & solennes. Vulgares* seu Hebdomadales, *die Wochen-Märckte*, instituuntur *a quovis Magistratu municipali*, sine Domini superioris consensu Ziegl. *de Jur. Maj. l. 1. c. 43. th. 2. Solennes* in duplici sunt differentia: nam *vel sunt solenniores, vel minus solennes. Solenniores ab Imperatore conceduntur l. 1. ff. h. l. 1. C. eod.* auditis tamen prius Civitatibus vicinis Ziegl. *c. l. n. 3.* Hahn. *ad* Wes. *h. n. 1. Minus solennes* concedi possunt *a Principibus imperii. v.* Besold. *Thes. Pract. voc. Messe.*

IV. Hoc *Privilegium Nundinis solennioribus tributum est*, quod iisdem durantibus neminem e Mercatoribus (recte tamen alios cives. Carpzov. *P. 1. c. 30. d. 25.*) ob privatum (non publicum *l. 3. §. f. ff. de Fer.*) debitum convenire licet *l. un. C. h.* etiamsi debitum sit in ipsis Nundinis contractum, secundum Jus Saxonicum Electorale Moll. *ad d. c. n. 8. &* Carpz. *d. 20. Dissentit de Jur. Comm.* Berl. *P. 1. Concl. 77. n. 8.* & debitor sit de fuga suspectus, Jure Saxonico Electorali Carpzov. *d. c. d. 25. Dissentit* Berl. *de Jur. comm. c. l. n. 10.*

VII. Cessat hoc *Privilegium* (1) in locis aliis, per quæ merces deportantur, teste Observantia Carpzov. *d. c. d. 28.* Ziegl. *c. l. th. 7.* Berl. *d. Concl. n. 9.* (2) Quando huic Privilegio renunciatum est. Carpzov. *d. c. d. 27.* (3) Quando jus Nundinarum amissum. *v. l. 1. ff. h. add. l. f. ff. de Collat.* Sed *quæritur*: si Mercator Lipsiensis fiat non solvendo Nundinarum tempore, utrum durantibus Nundinis, adversus eum in Cancellaria Principis peti possit arrestum, nec ne? hanc quæstionem ab utraque parte discutientem vid. Ziegl. *sæpius laudato Tr. th. 6.*

## DE CENSIBUS. L.50. ff. t.15.

JURIBUS municipalibus accensetur Census, qui adhibendus est ad æquam munerum distributionem. *Est autem Census* Descriptio publica personarum, & rerum ad eas pertinentium, æqualitatis servandæ gratia. *add. l. 3. l. 4. pr. & §. 1. ff. h.* Hic *census ut recte fiat, opus est* (1) Censoris constitutione (2) Bonorum professione. (3) Aestimatione intuitu fructuum *l. 4. §. 1. ff. b.* (4) Bonorum in Librum Censualem relatione. (5) In bona singulorum muneris distributione v. *Magnif.* AUCTOR. *S. J. C. Ex. 50. th. 89.*

IX. NON tantum vero ipsa descriptio bonorum, ad æqualem oneris impositionem tendens, Census appellatur, sed *etiam id, quod a personis vel e rebus præstatur, census nomine venit, add. l. 4. §. 9. ff. h. l. 2. C. fine cens. vel reliq. v.* FRANZ. *l. 1. Ref. 1. n. 3.* & *describitur* quod sit pensitatio publica, quæ fit Principi, in recognitionem universalis Dominii & Reipublicæ tuitionem. *Dividitur* hic *in Censum capitis & rerum.* Ille personis imponitur *l. 3. pr. l. 4. §. 8. ff. h.* diciturque capitatio *l. 9. C. de Agric. & cens.* hic rebus tam mobilibus, quam immobilibus *l. 3. pr. l. 5. §. 1. & 2. ff. h.* & quidem immobilibus in loco rei sitæ *l. 4. §. 2. ff. h.* ZIEGL. *de Jur. Maj. l. 2. c. 2. th. 70.* dummodo fructum ferant. *l. 4. §. 1. ff. h.* hinc nihil ex ornamentis, catenisque solvitur. REC. IMP. *de A. 1542. §. Doch sollen 55.* Imponitur etiam census artificiis & negotiationibus *add. l 4. §. 1. ff. h.*

X. CENSUM hunc *solvunt*, qui fructus suo jure percipiunt, ut Emphitentæ. *add. l. 2. C. de Annon. & trib.* Usufructuarii *l. 7. §. 2. ff. de Usufr. v.* CARPZOV. *P. 2. c. 40. d. 5.* non Conductores, aut Creditores pignus tantum possidentes, *l. 6. C. de Pignor. v.* CARPZOV. *P. 3. c. 16. d. 10.*

## TITULUS XII. DE JURE FISCI. L.49. ff. t.14.

AD conservandum Civitatis statum, qui spectatus est hactenus, recte referuntur jura fisci & militaria HAHN. *h. t.*

I. FISCUS (qui in legibus etiam ærarium appellatur *§. f. J. de Usuc. ubi* VINN. *l. 2. l. 3. C. de Quadrienn. præscript.*) *est* Patrimonium Reipublicæ, res & jura publicæ utilitati peculiariter destinata, continens, atque necessitatibus publicis inserviens *add. l. 1. C. de Condict. ex lege v.* GAIL. *l. 1. Obs. 20.*

II. JUS *Fisci Jure majestatis competit add. l. 2. §. 4. ff. Ne quid in loc. publ. add.* II. F. 56. Imperatori Romano, Principibus imperii, Jure superioritatis territorialis, nec non liberis imperii Civitatibus *v.* INSTRUM. PAC. MON. *c. 8. vers. Tam in universalibus & c. 3.* LAUT. *V. 3. D. 13. C. 2. §. 10. seqq.* non Civitatibus municipalibus. *l. 1. C. de bon. vac.* SCHULTZ. *Syn. Inst. l. 3. t. de Success. Fisci l. h.* Licet autem *Jure Saxonico* Civitatibus superiorem Jurisdictionem habentibus, interpretum nonnulli jus fisci tribuant, de certis tamen casibus, Jure aut observantia determinatis, non de omnibus id intelligendum esse putat LAUT. *d. D. §. 6.*

III. FISCUS multa *nactus est Privilegia*, quæ sunt vel Judicialia, vel Extrajudicialia. Ad *Judicialia* refertur (1) Quod fisco non possit opponi Exceptio Compensationis, nisi eadem statio quid debeat *l. 1. C. de Compens.* & opponens compensationem

ex

ex eo capite debitor sit, ex quo permissa est adversus fiscum compensatio e. g. non ex causa tributoria, annonaria &c. *v. l. 46. §. 5. ff h. item l. 3. l. 7. C. de Compens.* (2) Quod causæ fiscales etiam feriatis diebus tractentur *l. 5. C. de fer.* (3) Quod fiscus a satisdationis onere immunis sit *l. 1. §. 18. ff. ut legat. vel fideic. serv. item l 2. §. 1. ff. de fund. dot.* (4) Quod reum ad edenda pro se instrumenta compellat in causis civilibus, non criminalibus *l. 2. §. 2. ff. h.* BERL. *P. 1. Concl. 44. n. 31. seqq.* (5) Quod res quomodocunque in fraudem suam alienatas revocare potest *l. 45. pr. ff. h.* WISS. *h. t. th. 12.* (6) Quod sententia adversus fiscum lata intra triennium retractari potest. *l. un. C. de Sent. advers. Fisc.* (7) Quod publico debitori appellatio permissa non est. *l. 8. C. Quor. appell. non recip.*

IV. PRIVILEGIA *extrajudicialia* versantur vel circa conventiones, vel successiones. *Circa conventiones* (1) A fisco emens stare tenetur locationi a fisco factæ *l. f. ff. h. ubi* BARTHOL. FRANZ. *C. ff. t. Locat. cond. n. 236.* (2) Hæreditate a fisco emta non fiscus, sed Emtor Creditoribus hæreditariis respondet L. 1. *l. 2. C. de Hered. vel. act. vend. l. 41. ff. h.* (3) Fiscus contrahens cum privato, præter tacitam hypothecam in bonis debitoris, jus prælationis habet in bonis, post contractum initum, quæsitis *l. 28. de Jur. fisc. l. f. C. de priv. fisc. O. P.* SAX. *t. 42. §. desgleichen* CARPZOV. *P. 1. C. 28. d. 103.* BERL. *P. 1. Concl. 65. n. 122.* FRANZ. *l. 1. Ref. 14. n. 21.* RICT. *de Jure & priv. Cred. Cap. 3. Sect. 2. n. 10.* ZIEGL. *de Jur. Maj. l. 2. c. 13. th. 59.* de conciliatione *obst. l. f. ff. Qui pot. in pign. v.* WISS. *th. 10.* Hoc privilegium ad pœnas fiscales non est extendendum *l. un. C. de Pœn. fisc. l. 37. ff. h.* CARPZOV. *c. l. d. 104.* in quibus his hypothecæ tacitæ demum a tempore factæ condemnationis incipit, secundum *O P. S t. 43. §. desgleichen* (4) Fiscus conductores vectigalium, qui maximos fructus sunt consecuti, si postea tanto locari non possint, vectigalia prioribus pensionibus suscipere compellit. *l. 11. §. f. ff. de publ. & vectig.* (5) Fiscus in Contractibus, evictionis nomine, simplum tantum præstat, quamvis duplum vel triplum pro evictione sit promissum *l. 5. pr. ff. h.*

V. PRIVILEGIA *fisci circa successiones* sunt hæc (1) quod hæreditatem, indigno relictam, aufert *l. 1. pr. ff. h.* (2) clam incapaci relictum acquirit. *l. 13. §. 1. ff. h.* (3) Bona vacantia occupat *l. 1. C. de bon. vacant* mobilia ubique, immobilia extra territorium non sita, *v. Magnif.* AUCT. *S. J. C. Ex. 50. th. 35.* (4) Bona damnatorum in Criminibus, in quibus confiscatio locum habet, capit. *v. N. 134. c. fin. l. 8. C. ad L. Jul. Maj.* CARPZOV. *Pract. Crim. p. 3. q. 135. n. 25. seqq.*

VI. FISCO *res deferri solent per denunciationem* a personis idoneis factam *v. l. 18. §. 1. seqq. ff. h.* earumque *dominium ipso jure l. 1. §. 1. ff. h. possessio* vero *per apprehensionem* quæritur *l 23. pr. ff. de acq. vel amit. poss.*

## DE PUBLICANIS, VECTIGALIBUS ET COMMISSIS.

L. 39. ff. t. 4.

Ad præcipua fisci emolumenta referuntur Vectigalia, quæ a fisco conducere solent publicani. *l 1. §. 1. ff. h.*

VII. PUBLICANI *sunt* redituum publicorum vel vectigalium conductores. *l. 1. §. 2 ff. h. l. 12. §. f. ff. h. ad* quam *conductionem inhabiles sunt* filiifamilias *l. 3. §. 1. ad*

*SCt. Maced.* item Tutores aut Curatores, rationibus nondum redditis. *l.* 49. *ff. Locat.* Et quidem vi hujus conductionis, publicani non tantum vectigalia, sed etiam commissa capiunt. *add. l.* 11. *C. h.* WISS *ad π. P.* 2. *D* 15 *th.* 22.

VIII. VECTIGAL *est* reditus, qui fisco præstatur pro rebus importandis, & exportandis Germanice *Zoll. Jus constituendi augendique* vectigalia *Jure Civili Imperatori* tribuitur *l.* 10. *pr. ff. h.* in nostro *Imperio Imperatori & Electoribus* competit. LAMPAD. *de Rep. Rom. Germ. P.* 3. *C.* 14. *n.* 16. Habere vectigalia etiam Civitates municipales queunt, Principum indultu ad angustiarum suarum solatium. *l.* 1. *l.* 2. *C. Vectigal. nov. inst. item l.* 10. *C. h.*

IX. AD *Vectigalium solutionem* regulariter *obstricti sunt omnes l.* 7. *C. h.* nisi specialiter immunitatem habeant, qua gaudentes a præstatione Vectigalis, non a professione rerum, quæ importantur, sunt liberati. *l.* 4. §. 1. *l.* 16. §. 3. *&* 9. *ff. h.* nisi immunitas sit notoria, quum limitationem in praxi receptam esse, docet ZIEGL. *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 11. *th* 2. *Sunt* autem *immunes* (1) Res & personæ Ecclesiasticæ *v. l.* 5. *C. de S. S Eccl. c.* 4. *de cens. in* 6. (2) Legati cum temperamento in *l.* 8. *C. h.* definito (3) Fiscus *l* 9. §. *f. ff. h. v.* HAHN. *ad* WESENB. *h. t. n.* 4. (4) Consiliarii Principum per REC. IMP. *de An.* 1500. *artic.* 21. (5) Professores, Doctores & Studiosi, quod deducunt vulgo ex AUTH. *Habita. C. ne fil. pro Patr. item l.* 5. *C. de Vectig. v.* RICHT. *ad d. Auth. membr.* 2. *num.* 1. *item pluribus* ZIEGL. *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 28.

X. VECTIGAL *solvendum est de rebus importandis & exportandis. Excipiuntur* (1) Res, quarum vectigal nunquam præstitum est. *l.* 9. §. 6. *ff. h.* (2) Res exercitui paratæ *l.* 9. §. 7. *ff. h.* (3) quæ ruris exercendi gratia inferuntur *l.* 5. *C. h.* (4) quæ ad usum proprium advehuntur *d. l.* 5. quod vix observari tradit HAHN. *h. t.* (5) Corpora defunctorum *l. f. C. de Relig.* ZIEGL. *c. lib. c.* 9.

XI. JURE *Civili pars octava* vectigalis nomine præstita est, *l.* 7. *l.* 8. *C. h. Hodie* cujuslibet loci statutum & consuetudo spectanda est. *v. l.* 4. §. 2. *ff. h. t.* Interim vectigal pecuniarium, ut commodius, ita præstatione partis e rebus expeditius est *v. l.* 5. *C. h. item* ZIEGL. *&* HAHN. *cit. loco.*

XII. QUANDO e rebus vectigalis præstationi obnoxiis *solutum non est Vectigal, res in commissum cadunt*, earumque dominium fisco ipso jure quæritur, non possessio *l.* 14. *ff. h.* GAIL. *de Pac. Publ. l.* 2. *c.* 3. *n.* 11. unde fisco jus persequendi commissum, sicut adversus quemlibet possessorem, sic etiam adversus hæredem competit. *d. l.* 14. alias vero hæres pœnæ nomine conveniri nequit, nisi vivo eo, qui deliquit, quæstio mota sit *l.* 8. *pr. l. f.* §. 2. *ff. h.*

XIII. NON *committuntur res fisco* (1) Si propter necessitatem adversæ tempestatis expositæ sunt, *l.* 16. §. 8. *ff. h.* quod ad necessitatem tempore belli, pestis &c. applicant Doctores. (2) Si quis professus est, sed non solvit vectigal *l. f.* §. 12. *ff h.* (3) Cum pupillus intra diem trigesimum vectigal infert *l.* 7. §. 1. *ff. h.* (4) ob errorem probabilem, duplicato vectigali oblato *l. f.* §. 10. *ff. h.* quo casu nonnullibi omnis pœna remittitur WISS *h. t. th.* 26. (5) Si res nec existit, nec dolo suppressa est *l.* 2. *C h.* (6) Elapso quinquennio *d. l.* (7) quando miles professionem omisit *l.* 3. *C. h. Jure Saxonico* vectigalia non solventes *arbitrarie puniuntur* CARPZ. P. 4. C. 41. D. 51.

XIV. CAETERUM ob audaciam & temeritatem Publicanorum, *Prætor con-*

*cessit adversus eos actionem* mixtam pœnalem, quæ competit Viatoribus, qui injustam exactionem, vim, damnum, furtumve passi sunt, eorumque hæredibus, adversus publicanum, ejusque familiam (adversus hæredes publicani locum habet, quatenus ad eos quid pervenit *l.* 4. *pr. ff. b.*) ad hoc, ut adhibita vi in exactione vectigalis, quadruplum, cum sine vi facta est exactio, damnum, injuria, furtumve factum, aut etiam vi ademtum quid est, duplum præstetur, post annum simplum. *l.* 1. *pr. ff. h. l.* 9. *§.* 5. *ff. eod. item l.* 35. *de O. & A.* Amplius extraordinariam potest magistratus infligere pœnam *v. l.* 9. *§.* 5. *ff. h. t.* hoc enim vigor publicæ disciplinæ postulat.

## DE RE MILITARI. L. 49. ff. t. 16.

ETIAM res militaris ad publicum civitatis commodum pertinet.

XV. MILES est Persona ab eo, qui jus belli gerendi habet, ad bellum lecta, in numeros relata, & sacramento firmata *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. l.* 42. *ff. de Test. milit. l.* 2. *ff. de Veter. Distinguebantur* milites apud Romanos in Velites, hastatos, principes & triarios. *v.* HILDEB. *in Antiq. Rom. verb. Miles.*

XVI. MILITES *olim* etiam inviti legebantur *add. l.* 4. *§.* 10. *ff. h. hodie* tantum volentes leguntur *R. I. de An.* 1570. *§. demselben* 4 SCHÜTZ. *in Compend. Lauterb. h. t. idonei* esse debent, & militare *non prohibiti l.* 13. *§.* 3. *l.* 8. *l.* 11. *l.* 4. *§* 4. *ff. h. Officium* illorum est Rempublicam, a qua aluntur, defendere *l.* 31. *C. Loc. Cond.* Ducis imperio strictissime parere *l.* 3. *§.* 15. *ff. h.* a negotiatione & similibus, militiam remorantibus abstinere *l. un. C Negot. ne mil. l.* 13. *pr. ff. h.*

XVII. DELICTA *militum* sunt vel *communia* (scilicet cum alterius ordinis hominibus) vel *propria* sive militaria, quæ quis ut miles admittit *l.* 2. *item l.* 6. *§.* 1. 2. *&* 3. *l.* 10. *l.* 3. *§.* 15. *seqq. ff. h. Pœna* militum sunt militiæ mutatio, gradus dejectio, ignominiosa missio &c. *v. l.* 3. *§.* 1. *ff. h. Miles magistratum militarem habet, ad quem in delicto militari remittendus est,* non in delicto communi, in quo forum sortitur instar togati, seu extra militiam constituti. *v. l.* 6. *C de Jurisd. omn. jud. l.* 9. *ff. de Custod. reor. item l.* 2. *l.* 3. *ff. h. l. f. ff. de accusat. l.* 1. *C. ad L. Corn. de fic.* ANTON. MATTH. *de Crim. l.* 48. *t.* 15. *n.* 12. HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 6. CARPZOV. *P.* 4. *C.* 9. *d.* 11. *& Pract. Crim. P.* 3. *q.* 110. *n.* 79.

XVIII. MILITES ob favorem militiæ *privilegiis donati sunt, unde* (1) evocandi non sunt perhibendi testimonii causa *l.* 3. *§. f. ff. de Test.* (2) quæstionibus seu torturæ non subjiciuntur *l.* 8. *pr. C. de Quæst.* quod hodieque obtinet in militibus, de quorum singulari virtute militari constat, CARPZ. *pract. Crim. P.* 3. *q.* 118. *num.* 73. *seqq.* (3) beneficium competentiæ habent *l.* 18. *ff. de re jud.* (4) indebiti solutionem allegantes, debiti probationem in accipientem devolvunt *l.* 25. *§.* 1. *ff. de Probat.* (5) jure testandi gaudent in peculio castrensi. *pr. I. Quib. non est perm. fac. Test.* nam in eo pro Patribus familias habentur *l.* 2. *ff. ad SCt. Maced.* imo & alias liberrime inter vivos de hoc peculio disponunt *l.* 2. *C. de Castr. pec.* a Patre intuitu illius stipulantur *l.* 15. *§.* 1. *ff. eod.* & suo arbitratu tam adversus patrem, quam extraneum, agendi potestatem habent. *l.* 4. *ff de Judic. l.* 4. *§.* 1. *ff. de Castr. Pecul.* Dicta *Juri Saxonico congruunt* secundum SCHULZ. *Syn. Inst. l.* 2. *t.* 9. *l. c.*

## DE VETERANIS. L. 49. ff. t. 18.

XIX. VETERANI *sunt*, qui, impleto legitimo militiæ tempore, honeste sacramento soluti sunt *l. 2. pr. ff. h. l. f. C. de his qui non implet. stip. Solvuntur* autem *Sacramento per missionem* vel honestam, vel causariam, vel ignominiosam, de qua *v. l. 2. §. 2. ff. de his, qui not. inf. l. 3. ff. de re milit.* Veterani (1) in pœnis habent prærogativam e. gr. fustibus non cæduntur *l. 1. ff. h.* (2) eodem, quo Decuriones, honore afficiuntur *l. 3. ff. h.* (3) immunitatem quandam habent a muneribus, præcipue personalibus. *l. 3. l. 4. pr. & §. 1. ff. h.*

# TITULUS XIII. DE INSPICIENDO VENTRE CUSTODIENDOQUE PARTU. L. 25. ff. t. 4.

Ex statu Familiæ, de quo supra dictum, nascitur inter patrem & filium obligatio, qua pater ad agnoscendum filium compellitur *v. l. 1. §. 4. ff. de agnosc. vel al.* Cum vero SCta de liberis agnoscendis locum non habeant, si mulier dissimulet vel neget, se esse prægnantem, certitudinis parandæ ergo ventris inspectio permittenda est *l. 1. §. 1. ff. h.*

I. VENTRIS *inspectio adhibetur* muliere aliquando negante, aliquando affirmante se esse prægnantem. *Si mulier*, facto divortio, *se prægnantem esse negat*, tres mittuntur obstetrices, quæ ventrem inspiciant, ut vel omnibus, vel duabus renunciantibus prægnantem videri, custodem ipsa admittat *l. 1. ff. h.*

II. SI mortuo marito mulier *se affirmat esse prægnantem*, denunciatione iis, ad quos ea res pertinet *v. l. 1. §. 12. ff h.* facta, mittere hi possunt quinque mulieres, quæ ventrem inspiciant, imo ipsa mulier postulare potest, ut mittantur, quibus præsentibus pariat. *l. 1. §. 10. ff. h. Cum mulierem esse prægnantem constat*, mittitur eadem ventris i. e. partus nomine in possessionem bonorum *l. 1. §. 10. ff. h.* Hactenus dicta in *Matribus*, præcipue *Nobilibus*, quoties possessionem feudorum ventris nomine petunt, *usum habere*, ne falsus subjiciatur partus, *existimat* HAHN. *ad* WESENB. *h.*

*Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur L. 25. ff. t. 5.*

III. NE vero *Prætor* in favorem partus possessionem pollicitus aliis, prædæ occasionem præbeat, in mulierem, quæ in alium hanc possessionem dolo malo transtulit, & eum, in cujus potestate est, *actionem in factum concedit* ad id, quod agentis interest *l. 1. pr. & §. 1. ff. h.*

*Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur. L. 25. ff. t. 6.*

IV. EX eadem ratione *Prætor coërcet mulierem*, quæ in bonorum possessionem per calumniam venit, *concessa adversus eam actione in factum*, quæ famosa est. *l. 15. ff. de his qui not. inf.* & competit ei, cujus interest, adversus mulierem & parentem, per quem factum est, ut in possessionem per calumniam veniret. *l. 1. §. 5. ff. h.* ad id quod interest agentis, mulierem in possessionem missam non esse *d. l. 1. §. 4. & 6. ff. h.*

## TITULUS XIV. DE EO, QUI PRO TUTORE, PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.
L. 25. ff. t. 5.

In statu familiæ personæ sunt vel sui, vel alieni juris, de illis actum, de his agendum, suntque vel in Tutela, vel cura, vel neutro jure tenentur *pr. J. de Tutel.* Tutores & curatores tam in genere, quam in specie consideravit *Magnif.* AUT. *l.* 1. *t.* 16. *seqq.* jam qui loco eorum sunt, spectandi veniunt, ut Protutores.

I. SIMILITUDINEM cum Tutore & Curatore habet *Protutor*, *Procuratorve*, qui munere tutoris (curatoris) fungitur in re impuberis (minoris) sive se putet tutorem, (curatorem) sive sciat non esse, fingat tamen *l.* 1. §. 1. *ff. h. l* 3. *ff. h.*

II. OFFICIUM *Protutoris*, *Provecuratoris* idem est, quod veri Tutoris aut Curatoris, quoties eadem ratio adest *l.* 1. §. 5 *ff. h. l.* 4. *ff. h.* Nascitur ex hac Protutela *actio* directa & contraria. *Directa est* actio personalis, prætoria *l.* 1. *pr. ff. h.* rei persecutoria, bonæ fidei, quæ datur illi, cujus ut pupilli negotia administrata sunt tam ante, quam post pubertatem *l.* 1. § 3. *ff. h.* ad hoc, ut reliqua restituantur una cum usuris *l.* 1. § 8. *ff h.* & damnum, culpa lata aut levi datum, resarciatur, *l.* 4. *ff. h.*

III. ACTIO *contraria*, quæ ex Pro-Tutela descendit, Pro-Tutori competit adversus eum, cujus ut pupilli res administravit, ad hoc, ut indemnis servetur. *l.* 5. *ff. h. l.* 1. §. 1. *de Contrar. tut. & util.* Quæ de Pro-Tutore dicta sunt, ad Pro-Curatorem sub terminis habilibus applicari queunt *rubr. & l.* 1. §. 6. *&* 7. *ff. h.* Denique *pupillo Hypothecam in bonis Pro Tutoris, Prove-Curatoris concedi*, quam denegari, æquius esse duco cum HAHN. *ad Wes. h. t. verb. Eoque. l.* 20. *C. de Admin. Tut. l.* 19. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. Dissentit* BACH. *ad Wes. d. t.*

## QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM ESSE DICETUR. L. 27. ff. t. 6.

IV. FALSUS Tutor est, qui, cum tutor non sit, dolo malo se tanquam Tutorem gerit *l.* 7. *ff. h.* Si quis cum pupillo contraxerit auctore Tutore, quem contrahens falsum esse ignorabat, Prætor eidem ob errorem dat in integrum restitutionem *l.* 1. § 1. *&* 6. *ff. h.* Ignoranti, non scienti subvenit, quia sciens ipse se decepit *d.* §. nisi (1) sit minor *l.* 4. *ff. h.* (2) a Prætore compulsus sit ad judicium accipiendum *l.* 5. *ff. h.* (3) præter falsum tutorem verus tutor autoritatem accommodaverit *l.* 1. §. 5. *ff. h.* & accommodare poterit *l.* 1. § 2. *ff. h.*

V. PRAETEREA *locum habet adversus Tutorem falsum actio in factum*, quæ est personalis *l.* 9. §. 1. *ff. h.* respectu actoris rei persecutoria *d. l.* daturque illi, qui cum pupillo, falso Tutore auctore, contraxit, ejusque heredibus, adversus falsum tutorem, ad hoc, ut id, quod interest, præstetur, quo etiam sumtus petitæ restitutionis comprehenduntur; *l.* 7. *pr. &* §. 3. *ff. h.*

VI. HAEC actio *utiliter* quoque *pupillo decepto* adversus eum *conceditur*, qui Tutorem se esse interrogatus respondit, *l.* 12. *ff. h.* Item hujus actionis exemplo datur

actio adversus eum, qui dolum malum adhibuit, ut alius auctoraretur inscius. *l. 9. pr. ff. h.*

*De Fidejussoribus & Nominatoribus & Hæredibus Tutorum & Curatorum. L. 27. ff. t. 7.*

VII. TUTORIBUS solvendo non existentibus, instituit pupillus adversus fidejussores actionem ex stipulatu, ad id, quod interest. *l. 2. C. de Fidejuss Tut.* sive hi expresse, sive tacite fidejusserint *l. 4. §. f ff h* Licet autem hujusmodi fidejussores a beneficio excussionis excludendi non sint, cum unus ex his damnum in administratione dedit, *v. N. 4. c. 1. j. l. 3. C. de divid. tut.* HART. PIST. *l. 1. q. 6. n. 12. & 13.* Conf. CARPZOV. *P. 2. C. 11. d. 36.* divisionis tamen beneficio non gaudebunt, nisi quatenus eo Tutor, pro quo intervenerunt, frui potest *v. l f. ff. Rem Pup salv. l. 6. ff.* WISS. *ad π. h. t. th. 3.* Hujus tituli usus præcipuus est iis in locis, in quibus Tutores sine fidejussoribus non accipiuntur. De quibus vid. *Add. Syn.* SCHULZ. *de satisdat. Tut. verb. satisdare coguntur.*

VIII. QUANDO indemnitati pupilli vel adulti satisfactum non est, *excussis Tutoribus*, eorumque *fidejussoribus*, *ad nominatores vel affirmatores pervenitur l. 4. C. de Magist. conv.* qui Tutores esse idoneos affirmarunt, hi enim fidejussorum vicem tum sustinent, *l. 4. §. f. ff. h.*

IX. HAERES *Tutoris* ex administratione defuncti conventus, non ob levem, sed *latam tantum culpam*, *condemnatur l. 1. C. de Hared. Tut. l. 4. ff. de Magist. conv.* nisi lis cum Tutore contestata, vel ex damno pupilli lucrum sit captatum. *d. l. 1.* BACH. *V. 2. D. 9. th. 5. l. d. & e.* Ex propria persona conveniri potest hæres, cum legitimæ ætatis & masculus, inchoata per defunctum explicuit. *l. 1. §. 1. ff. h. l. 4. pr. ff. eod.*

# LIBER II

## TITULUS I. DE RELIGIOSIS ET SUMTIBUS FUNERUM ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

L. 11. ff. t. 7.

JUS personarum Libro I. expositum, unde ad jus Rerum pergendum erit, quod cum in Jus in re, & Jus ad rem dispesci soleat, Jus in re hoc libro secundo persequi, & Jus ad rem libro subsequenti tertio observare, animus est. Sed principalis rerum distinctio est, qua aliæ res in patrimonio, aliæ extra patrimonium esse dicuntur, ad has refert *Magnif.* AUCTOR. *l. 2. t. 1. a. 11.* res religiosas, quas sicco pede præterire nequeo.

I. LOCUS *religiosus est*, in quem corpus defuncti, sepulturæ causa *l. 2. §. 5. ff. b.* ab eo, qui jus in eodem sepeliendi habet, *l. 2. §. 7. l. f. ff. b.* actu illatum est *v. l. 6. §. f. & l. 7. §. 4. & 5. ff. de Rer. div. l. 42. ff. b.* Huic locus purus opponitur, quando locum a mortui illatione liberum denotat. *l. 2. §. 4. ff. b. t.*

II. CUM vero jus sepeliendi in sepulturo requiratur, *adversus eum, qui mor-*

*tuum* nullo jure *in locum alienum infert*, *comparata est actio in factum*, quæ competit domino *l.2. §.1. ff. h.* & in eo loco servitutem habenti, *l.8. §.4. ff. h.* ejusque heredibus, *l.7. pr. ff. h.* adversus eum, qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferri curavit, ejusque heredes, *l.7. l.9. ff. h.* ad hoc, ut vel corpus, quod illatum est, tollatur, vel loci pretium præstetur. *l.7. pr. ff. h.* Quam actionem hodie utiliter adversus eum instituí, qui in locum meum, sepulturæ assignatum, quemquam infert, docet *Responsum* HAHN. *ad Wes. h. t. num.* 4.

III. LOCA, in quibus cadavera defunctorum conduntur, nominantur *sepulcra*, quæ sunt vel familiaria, vel hereditaria. *Familiaria*, quæ quis sibi, familiæque suæ constituit, in quibus sepeliri qualescunque heredes possunt. *l.5. & 6. ff. h. Hereditaria*, quæ quis sibi heredibusque suis constituit. *d. l.5.* aut Paterfamilias jure hereditario acquisivit. *l.6. ff. h. j. l.8. l.13. C. h. Magnif.* AUCT. *S J. C. Ex.45. th.69.*

IV. FIUNT vero loca religiosa per *sepulturam*, *quæ est* illatio hominis mortui in sepulchrum. *Sepultura est aut inhonesta aut honesta*, quæ etiam Ecclesiastica, vel Christiana dicitur. ZIEGL. *ad Lanc. l.2. t.24. p.580. Inhonesta vel humana, vel canina* seu asinina: *Honesta vel minus solennis*, *vel solennis est*, *Inhonesta*, *humana* scilicet *est*, quæ sine ceremoniis sive in cœmiterii loco separato inhonesto, veluti ad parietes in angulo, sive extra cœmiterium fit, ignominiæ gratia, *Inhonesta*, *canina* seu asinina *est*, quando per carnificem defuncti corpus, extra locum religiosum consuetum, inter cadavera brutorum, aut facinorosorum adjicitur. *Caninam patiuntur* (1) ex malitia, non melancholia, *αὐτόχειρες* seu propricidæ *v. c.12. caus.23. q.5.* CARPZOV. *Jurispr. Cons. d.326.* (2) *Facinorosi*, qui in reatu (ut in carcere) ante executionem moriuntur, dummodo crimen confessi, & convicti sint. CARPZOV. *d. l. d.279. & 280. Inhonestam*, *humanam* tamen *sepulturam merentur* (1) *Excommunicati*, *c.12. X. de sepul.* nisi pœnitentiam egerint. *d. c.* CONST. ELECT. ECCLES *Art. Gen. t.11. §. Im Fall aber.* ZIEGL. *ad Inst. Lanc. l.2. t.24. ad §.6. verb. præcisi* (2) *Blasphemi* impœnitentes *c.2. X. de Maled.* SCHULZ. *Syn. Inst. t. de publ. Jud. l. d.* (3) *Verbi divini* & sacramentorum *contemtores a. c 11. X. de pænit. c.28. X. de sent. excomm.* CARPZOV. *d.387.* (4) *Hæretici* Jure Canonico *c.2. de hæret. in 6.* Apud nos honeste sepeliuntur hæretici, præcipue non pertinaces, ita tamen, ut ceremoniæ temperentur, quarum temperamentum Judicis Ecclesiastici arbitrio relinquitur. *id. d.378.* v. etiam *d.383.* (5) *Usurarii* manifesti *c.2. de Usur. in 6 v.* ZIEGL. *c. l. verb. Ne qui usuras.* Ita usurariorum funus sine solennibus Ceremoniis deduci jubet MAND. ELECT *de An. 1625. d.28. Apr. Von Wucherlichen Contracten §. So wollen wir.* CARPZOV. *P.2. q.29. num. 32. seqq.* (6) *In Torneamentis* seu congressibus illicitis *pereuntes c.1. X. de Torneament.* In duellis prohibitis exspirantibus, eandem pœnam dictat MANDAT. ELECT. *de An. 1665. d.20 Sept. tit. Injurien-Händel und das Tumultuiren &c. §. Welcher aber den andern. v.* ZIEGL. *Dissert. de eo quod justum est circa mortuos th.27. seqq. Sepulturam honestam nomino*, ubi ritus, personæ, usuique convenientes, adhiberi possunt, & corpus defuncti in locum honestum defertur. Hæc sepultura *solennis* nomine venit, cum consuetæ Ceremoniæ accedunt, *minus solennis* appellatur, quando Ceremoniæ illæ deficiunt ob paupertatem, similemve rationem ZIEGL. *c. l. ad Lanc.* SCHILT. *Inst. I. Can. t. de sepultur. §.1. Honesta hac sepultura regulariter debetur omnibus*, etiam pauperibus CARPZOV. *d.374.* cadaveribus occisorum

in via publica repertis *d.* 375. involuntaria, infelici, aut incerta morte abreptis *d.* 381. nec non infantibus ἀβαπτίστοις, seu nondum baptizatis ZIEGL. *c. d. ssert. th.* 25. Conf. KIRCHEN-ORDNUNG. *de An.* 1580. *Gen. Art.* 1. §. *dieweil au h grosse.*

V. SOLENNITAS *deducendi funeris* ea plerumque est, quod corpus tectum, & mediocriter ornatum *a. c.* 2. *X. de auct. & usu pall.* post aliquod intervallum, cum comitatu, quod pestis tempore infrequens est, ad sepulturam deducitur, cujus pro adultis trium, pro pueris duorum cubitorum est profunditas, ubi Vespillo sepeliendo, verbique divini Minister, sermonem funebrem habendo mortales suæ mortalitatis admonet *v. plur.* SCHILT. *d. t. de Sepult.* §. 13. *seqq.*

VI. OB sepulturæ favorem & accelerationem, *controversia circa eandem* exorta, *summarie tractatur a l.* 43. *ff. h.* & appellatio, cum res dilationem non recipit, haud permittitur *a. l.* 5. *ff. de apell. rec. vel. non.* CARPZOV. *Jurispr. Consist. d.* 395. *num.* 10. *& seqq.* Imo *Creditor, qui cadaver defuncti arrestare ausus fuerit*, præter amissionem actionis, tertiæ partis bonorum publicationem patitur, infamia notatur, & alterum tantum restituere compellitur *l.* 6. *& Aut. item qui C. de sepul. viol.* CARPZOV. *P.* 1. *C.* 30. *def.* 22. licet debitor ad incarcerationem se obligaverit, aut detentionem sui funeris instrumento permiserit, secundum PHIL. *ad Ord. Proc Sax. t.* 51. *Conf.* 1 Non vero prohibetur Creditor bona defuncti, etiam intra diem trigesimum, arresto afficere CARPZOV. *Proc. T.* 21. *art.* 3. *n.* 16. *Diff* BERL. *Con.* 76. *n.* 103. nec illicita est funeris detentio, quod pro certo locario in alieno loco, donec sepultura fiat, depositum, pensio soluta non est HAHN. *ad Wes. h t. n.* 5. Promovet item funeris deductionem interdictum adversus prohibentem inferre funus, tit. subseq. traditum, quo si uti nolit prohibitus, mortuum alio inferre, & postea *in factum agere* poterit adversus prohibentem, ad hoc, ut quanti interest prohibiti, prohibitum non esse præstetur, *l.* 9. *ff h.*

VII. CUM ea, quæ de loco religioso, funerisque deductione, monenda erant, expedita sint, reliquum est, ut de sumtibus funerum nonnihil adjiciatur. *Describitur sumtus funeris ab* ULPIANO *l.* 14. §. 3. *ff. h.* quod sit is, qui ideo fit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit, ut puta, si quid impensum est in delationem mortui in locum, in quem mortuus infertur, in corpus custodiendum *d* §. 3. *&* 4. in illius vecturam *&c. l.* 37. *pr. ff. h. Moribus* iisdem accensentur vestes lugubres, ut fasciæ sericæ & pepla, sive viris, sive fœminis ex consuetudine præstentur *v.* BERL. *Concl.* 64. *n.* 90. DAN. MOLL. *ad P.* 1. *C. El.* 23. *n.* 9. CARPZOV. *d. Const. d.* 41.

VIII. SERVANDUS est in impensis funerum *modus*, pro facultatibus, & dignitate defuncti *l.* 12. §. 5. *ff. h.* ita ut nec æque majores, nec minores fiant impensæ *l.* 14. §. 6. *&* 10. *ff. h.* licet illud testator voluerit *d* §. 6. quod arbitrio judicis relinquendum *d.* § 10. BERL. *Concl.* 64. *n.* 91. FRANZ. *C. ff. h. n.* 22. in specie vero notandum (1) quod *ornamenta cum corporibus condenda non sint d. l* 14. §. 5. *ff. h.* etiamsi id defuncti desideraverint *l.* 113. §. 5. *de leg.* 1. *d. l.* 14. §. 6. *ff. h.* quod tamen ob personæ facultates, dignitatemque, aliasque circumstantias, permitti potest *a. c.* 2. *X. de auct. & Usu pall. v.* CARPZOV. *Jurispr. Cons. d.* 392. SCHILT. *Inst. J. Can. l.* 2. *t.* 14. §. 13. (2) quod *inter impensas funerum referenda non sint convivia*, quæ post funus parantur, nisi consuetudine aliud receptum sit. HAHN. *ad Wes h. t. n.* 6. (3) quod ab impensis funeralibus *excludendi sint sumtus in curationem morbi*, ex quo non decessit defunctus, *facti* RICHT. *de Jur.*

*de Jur. & Priv. Cred. c.2. m.4. n.12.* Si mors ex eodem insecuta est, idem Jure Civili WISS. *h. th.23. diff.* HAHN. *c. l.* BERL. *c. n.85.* non Saxonico statuendum erit *v. C. E. 28.* HAHN. *c. l.* RICHT. *c. l.* BERL. *c. l.* CARPZOV. *C. d.45.*

IX. IMPENSAE *funerum gaudent privilegio prælationis* ante quosvis hypothecarios *J. C. l.45. l.14. §.1. ff. h.* WISS. *d. th.23.* FRANZ. *C. ff. h. t. n.29. & Saxon.* per *Part. 1. C.18. ubi DD. supra. cit.* Cui locus est, sive familiæ herciscundæ aut alia, sive funeraria actione, de qua hoc titulo agitur, sumtus funeris causa facti petantur, *l.17. pr. ff. de reb. auct. jud. poss. Est* autem *actio funeraria* actio personalis *v. l. 1. ff. h.* Prætoria. *l.12. §.2.* Subsidiaria *l.14. §.12. ff. h.* Privilegiata *l.45 ff. h.* qua is, qui sumtum in funus, animo repetendi, fecit. *l.14. §.7. ff. h.* experitur adversus eos, ad quos funus pertinet, ut puta adversus heredem, bonorumve Possessorem, cæterosque successores *l.14. §. f. ff. h.* ad hoc, ut restituatur. *l.12. §.2. ff. h. v. plur. Magnif.* AUCT. *S. J. C. Ex.15. th.84.* FRANZ. *h. n.26. sqq.*

## DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO AEDIFICANDO. L. 11. ff. t. 8.

X. DEFUNCTORUM sepulturam adjuvat Prætor *duplici interdicto. Primum* est *de Mortuo inferendo* prohibitorium *l.1. §.4. ff. h.* & competit illi, qui prohibetur mortuum in locum, in quem inferendi jus habet, inferre *l. 1. ff. h.* adversus eum, qui inferre impedit, ad hoc, ut prohibere desinat *d. l.1.* Usus hujus interdicti elucescit, quando ob inundationem, hostilitatem, aut similem causam, via publica uti non licet, & per vicini prohibentis prædium transeundum est. *Magnif.* AUCT. *S. I. C. Ex.15. th.96.*

XI. ALTERUM *interdictum de sepulchro ædificando* conceptum, datur ei, cui jus est inferendi mortuum in locum aliquem, adversus illum, qui in eodem sepulchrum ædificare prohibet, ut a prohibitione desistat. *l.1. §.5. ff. h.* Prohibere hic dicitur, qui prohibet convehi materiam ædificio necessariam *l.1. §.8. ff.* Adhiberi adversus eos potest, qui exornare aut exstruere monumenta prohibent. *v. l.7. C. de Relig. &* CARPZ. *Jurispr. Consf. p.392. in Præjud.*

## TITULUS II. DE USUFRUCTU ACCRESCENDO. L. 7. ff. t. 2.

E speciebus Juris in re dominium, illiusque acquirendi modos Juris Gentium explicuit AUCTOR Magnif. hinc, antequam modos acquirendi Civiles traderet, res in patrimonio existentes in corporales & incorporales distinxit, & ex incorporalibus, post servitutes reales, proposuit personales, atque in specie usumfructum, de quo prætermittenda non sunt sequentia.

I. QUANDO ususfructus pluribus a Testatore conjunctim relictus est, conjunctione sive re, sive verbis, sive re & verbis simul facta, deficientis & conjuncti pars reliquis conjunctis accrescit *l.1. ff. h. j. l.142. ff. de V. S.* CARPZOV. *P.3. C.2. d.14. & 15.* Hoc *jus accrescendi describi potest*, quod sit jus capiendi partem ejus, qui conjunctus

est, sed non concurrit. Modos accrescendi *v. Jurispr. L.2. t.23. a.19.* Quia vero conjunctio ad *accrescendi jus* requiritur, *non obtinet* illud (1) quando ususfructus duobus alternis annis relictus est *l.2. ff. Quib. mod. ususfr.* (2) quando separatim unicuique partis rei ususfructus est relictus *l.3. §.2. ff. h.* (3) quando a diversis heredibus legatus est ususfructus. *l.11. l.12. ff. h.*

II. IN *Usufructu peculiare est*, (1) quod ob concursum divisus, & iterum amissus ususfructus, non ad proprietarium, sed conjunctum perveniat. *l 1. §.3. ff. h.* (2) quod ususfructus conjuncto accrescat, licet ille usumfructum amiserit, nam personæ accrescit. *l.10. ff. h. v.* DON. *in l.10. c.23.*

## QUANDO DIES USUSFRUCTUS LEGATI CEDAT.

L. 7. ff. t. 3.

III. QUONIAM ususfructus ad heredes non transit, nec ante hereditatem aditam constitui potest, illius pure legati die, *adita* demum *hereditate*, cedit. *l. un. §.1. ff. h. l.2. l.3. ff. Quando dies leg. ced.* idemque obtinet, cum ex die legatus est ususfructus, unde nihil facere dicitur, qui ante diem agit, quamvis alias, qui ante diem agit, male agat. *d. l. un. §.4. ff. h.* FRANZ. *C. ff. h. t. n.6.*

## DE OPERIS SERVORUM. L.7. ff. t.7.

IV. OPERAE *Servi* cum usufructu nonnihil commune habent. *l.4. §.1. ff. h* proprie tamen tam ab usufructu, quam usu *differunt*. *Ab utroque* diei cessione. *l.7. ff. de usu & usufr. leg.* & amissione *l.7. ff. eod. ab alterutro* distant, ut *ab usufructu*, dum vi illius, ex re & operis servorum quæsita, ad usufructuarium pertinent. §.4. *l. per quas pers.* ex operis parta solum ad eum, qui operas habet, spectant, *l.4. ff. h. ab usu* operæ sunt diversæ, nam jus locandi operas ei, cui debentur operæ, competit. *l.3. ff. de usu & usufr. leg.* non usuario §.2. *J. de usu & habit.* FRANZ. HAHN. WISS. STRUV. *h. t. th.53.*

## TITULUS III. DE TITULIS USUCAPIENDI.

INTER modos acquirendi civiles refertur usucapio, quæ cum requirat justum titulum, de nonnullis titulis specialiter agi, & deinde, quæ circa præscriptiones temporales notari merentur, adjici convenit.

## PRO EMTORE. L.41. ff. t.4.

I. PRO *emtore usucapit* is, *qui* revera *emit. l.2. ff. h.* aut pro emtore habetur, ut qui litis æstimationem obtulit. *l.1. ff. h. dummodo* emerit (1) *bona fide*, quæ requiritur tempore contractus & traditionis *l.2. ff. h.* WISS. *C. ff. h. t.* (2) *pure* i.e. non sub conditione suspensiva *l.2. §.2. ff. h.* (3) *Pretium fit solutum*, vel ejus nomine sit satisfactum *a. §.41. I. de R. D.* (4) emat *a persona*, vendere *non prohibita. l.1. C. h.* nec luxuriosa, & protinus scorto pecuniam datura *l.8. ff. h.* ECK. *h. t.*

## PRO DONATO. L.41. ff. t.6.

II. Pro *Donato* usucapitur res aliena vere donata. *l.1. ff. h.* ad usucapionem habilis *l.2. C. h.* bona fide accepta *l.1. C. h.* & donari non prohibita *l.1. §. f. ff. h.*

## PRO DERELICTO. L.41. ff. t.7.

III. Usucapio *pro derelicto* locum habet, quando res aliena *l.3. l.5. §.1. ff. h.* vere pro derelicto habita *l 6. ff. h.* i. e. ea mente abjecta est, ut dominus eam in numero rerum suarum esse nolit. §.46. *I. de R. D.*

## PRO LEGATO. L.41. ff. t.8.

IV. Facultatem *usucapiendi pro legato habet* is, cui res aliena *l.4. ff. h.* vere legata *l.2.* & tradita, vel is, a quo sine vitio apprehensa est *l.5. l.8. ff. h.*

## PRO DOTE. L.41. ff. t.9.

V. Res aliena marito in dotem data, sive mobilis sive immobilis, *pro dote usucapitur l.1. §.2. ff. h.* Wiss. *h.* modo matrimonium subsistat. *l.1. §.1. ff. h.* & dos non æstimata, venditionis gratia, pure detur. *l.2. ff. h. l.10. §.4. ff. de Jur. dot. j. l.41. §.1. ff. eod.*

## PRO SUO. L.41. ff. t.10.

VI. Titulus *generalis pro suo* cum reliquis concurrit *l.1. ff. h. l.27. ff. de usurp. & usuc.* Titulus *specialis* dominium parit ex æquitate, alio titulo deficiente: ut cum quis cervum alienum mansuetum instar feri, aut avem mansuetam instar feræ, in sylva capit. *l.2. ff. h.* Hahn. *h.*

*De Diversis temporalibus præscriptionibus & accessionibus possessionum. L.44. ff. t.3.*

Titulis ad usucapiendum habilibus perpensis, reliquum est, ut ad præscriptiones temporales, earumque accessiones, progrediamur.

VII. Praescriptiones *temporales sunt vel dierum, vel mensium, vel annorum.* Ita *triduo* præscribitur juri legendæ glandis (i. e. cujuslibet fructus) quæ in vicini agrum decidit. *l. un. ff. de gland. leg. Jure Saxonico* fructus hos vicino statim acquiri statuit Carpzov. *P.3. C.32. d.25.* item Juri corrigendi errorem Advocati, domino litis præsente, commissum *l.1. C. de err. adv. Decendio* præscribitur appellationi. *Auth. Hodie C. de Appell.* Leuterationi. *O. P. S. t.35. pr.* Supplicationi. *Aut. Qua supplicatio C. de Prec. imp. off.* Remedium supplicationis Jure Saxonico non admittitur *O. P. S. t.37.* Spatio *quindecim dierum* præscribitur probationi Exceptionis spolii. *c.1. de rest. spol. in 6. O. P. S. t.11. §. desgleichen P.1. C. El.6. & ibid.* Carpzov. *d.12.* Lapsu *triginta dierum* præscribitur exceptioni non numeratæ pecuniæ adversus apocham. *l.14. §.2. C. de Non. num. pec.* Carpzov. *P.2. C.29. d.19.* nec non Apostolis petendis. *l.24. C de Appell.* etiam Jure Saxon. Carpzov. *Proc. T.18. art.3. n.43. & 46.*

VIII. Mensium *præscriptio* obtinet in jure protimiseos, quo Dominus Em-

phyteuseos cadit, post emensa *duorum mensium* spatia a tempore oblatæ rei Emphyteuticæ ad emendum *l.3. C. de Jur. Emphyt.* Inventarium *intra* 60. *dies* perficiendum *l.22. §.2. C. de Jur. del.* & Electio Episcopi intra *sex menses* expedienda est *N.123. c.1.* Apud nos dicto tempore elapso & nondum electo Pastoratus successore, Patrono, præsentationem intra certum tempus faciendum, cum clausula comminatoria injungi a Consistoriis, docet SCHILT. *Inst. Jur. Can. l.1. t.13. §.38.*

IX. PRAESCRIPTIO *annorum* varia est. Tempus *unius anni* appellationi justificandæ præfixum Jure Civili *Aut. Ei qui C. de Temp. & repar. appel.* & Saxonico CARPZOV. *Proc. t.18. art.5. n.8. seqq.* Jure Saxonico reluendo pignori, creditori licitanti addicto, annus civilis statutus est *O. P. S. Tit.39. §. damit &c* DEC. EL. *N.v.11.* Actiones item Prætoriæ pœnales anno exstinguuntur *l.35. ff. de O. & A.* rei persecutoriæ, non aliter atque civiles, sunt perpetuæ i. e. 30. annos durant *d. l. & pr. J. de perp. & temp. action. Biennium* Exceptioni non numeratæ pecuniæ. *l.14. C. de non num. pec.* dolique actioni *l.8. C. de dol. mal.* definitum. *Triennio* usucapiuntur mobilia. *pr. J. de Usucap: Quadriennio* restitutioni in integrum præscribitur, secundum *l.7. C. de Temp. in int. rest. Quinquennio* querela inofficiosi testamenti. *l.34. §.f. C. de Inoff test.* Querela inofficiosæ donationis *l. f. C. de inoff. don.* & jus revocandi rem minoris, titulo oneroso sine decreto alienatam, si minor major factus tamdiu tacuerit, exspirat. *l. f. C. si maj. fact. al. fact.* HAHN. *ad Wes. h. t. Magnif.* AUCT. *S. J. C. h. t. th.28.*

X. TEMPUS, de quo varie dictum, vel est continuum vel utile. *Continuum est*, quod sine intermissione, etiam ignoranti, currit. *a. l.5. C. de fer. l.10. ff. de Excus. tut. j. l.8. h. ff. de his qui not. infam.* huc quodammodo referri potest decendium Appellationis. *Utile est*, quod non nisi scienti, & experiendi potestatem habenti currit, quæ facultas agendi competere debet tam ratione Actoris & Rei, quam Judicis. *l.55. ff. de Ædil. edict. l.1. l.4. ff. h.* datur & tempus *mixtum*: nam quadriennium restitutioni præfinitum, est ratione initii utile, ratione cursus continuum *l.7. C. de Temp. in int. rest. j. l.1. ff. Ex quib. caus. maj.* ECK. *C. ff. t. de in integrum rest.* §.9. Præterea tempus vel naturaliter, vel civiliter *currit*; *naturaliter* a momento in momentum: ut tempus minorennitatis *l.3. §.3. ff. de Minor. Civiliter* ita ut dies cœptus pro completo habeatur, ut in emancipatione *l.15. ff. h.*

VI. ACCESSIO est temporis conjunctio inter diversos, continuosque possessores *l.51. §.1. seqq. ff. h.* de ea tractatum a Magnif. AUCT. *l.1. t.9. a.15.*

## TITULUS IV. SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO VEL ALIO MODO POSSIDEAT HEREDITATEM. L.29. ff. t.4.

A dominio singulari transitus fit ad dominium universale, seu Jus hereditarium, quod heredis institutione, testamento facta, quæritur; cum vero ultimam voluntatem conservari publice expediat *l.5. ff. Test. quemad. aper.* ne eadem temere circumveniretur, cautum est.

I. SI *heres, qui testamento potest obtinere hereditatem l.2. C. h. dolo malo* in fraudem eorum, quibus quid eo testamento relictum est *l.1. §.11. ff. h. velit ab intestato suc-*

*cedere*, vel pecunia accepta hereditatem prætermittere *l.2. ff. h. conceditur adversus eum actio* personalis *utilis ex testamento l.29. l.30. l.12. §.1. l.24. ff h.* rei persecutoria, quæ datur iis, quibus quid testamento relictum est, eorumque heredibus, adversus eum, qui in fraudem eorum, quibus quid ex ultima voluntate defuncti præstandum est, dolo malo ab intestato possidet hereditatem, ad hoc, ut relicta præstet *dd. LL.* Quæ actio, cum adversus heredem scriptum, dolo malo ab intestato succedentem, competat, per *N.115. c.3.* qua, concidente testamento, legata conservantur, non est abrogata. HAHN. *ad Wes. h. verb. Nam.*

## DE SENATUS CONSULTO SILANIANO ET CLAUDIANO, QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

L.29. ff. t.5.

II. UT *testamenta* plenissimum habere queant effectum, *aperiendà sunt*, *nisi prohibeantur aperiri*. Quod accidit, cum testator vi occisus *l.1. §.17. ff. h.* & nec de illius familia publica quæstio habita *l.1.* nec supplicium de noxiis sumtum est. *l.3. §.18. ff. h. Pœna aperientis contra SCtum* Silan. & Claud. *aut hereditatem adeuntis* est, quod, si quid illi relictum est, fisco addicatur. *l.5. §.2. ff. h. j. l.3. §.18. & 19. ff. eod.* Si nihil relictum, actione populari ad præstandos 100. aureos convenitur, quorum 50. fisco inferuntur, 50. actori cedunt. *l.25. §.2. ff. h.* Necem defuncti sciens, & non vindicans heres, hereditate se indignum reddit. *l.22. ff. h. l.17. ff. de his quæ ut ind. Hodie* eam privationis pœnam non obtinere, statuit CARPZOV. *prax. Crim. P.1. q.34. num.77. seqq.* ita tamen, ut heredes, locupletem hereditatem capientes, ad sumtos inquisitionis suppeditandos, adstricti sint, item *d. C. d.11.* sed hoc tum demum obtinere crediderim, quando sine heredum denunciatione, magistratus inquirendi occasionem habet.

## DE PECULIO LEGATO. L.33. ff. t.8.

III. ACCESSORIA Testamenti sunt Legata. Legari vero queunt non tantum, quæ ipsi, sed etiam quæ per alios tenemus, ut *peculiaria v. l.93. ff. de R. I.* quæ *servum legatum sequuntur. l.24. ff. h.* peculii autem accessiones, etiam extra peculium nascentes, cum illud ipsi servo relictum est, servo, non vero extraneo, cui legatum est, cedunt. *l.9. §. f. ff. h.*

## DE REBUS DUBIIS. L.34. ff. t.5.

IV. NE Legata relicta intereant *verba dubia interpretatione adjuvanda sunt l.12. ff. de R. J.* Principaliter vero *proprius* verborum *sensus* spectandus est *l.69. ff. de leg. 3.* qui si a testatoris mente alienus esse videtur, ad usum Testatoris & regionis respiciendum erit. *l.1. ff. de Trit. vin. ol. l.18. §.3. ff. de instr. vel instr* imo etiam *improprie* verba capi possunt ad voluntatis conservationem *l.12. ff. h.* quoties autem verba voluntati nullo possunt applicari modo, legatum perit. *l.7. §.2. ff. de Supell. leg. l.3. ff. h.*

V. SICUTI verba, ita etiam *res dubia* interpretationem requirunt. Quod accidit, *quando plures personæ decesserunt*, & quænam alteri supervixerit, ignoratur. e. g. Si duo fratres incendio, terræ motu, naufragio, peste &c. perierunt regulariter *neuter alteri supervixisse videtur. v.* CARPZ. *P.* 3. *C.* 17. *d.* 13. *l.* 18. *ff. h. quod limitatur, quoties* ex circumstantiis *alia præsumtio* inducitur, ut *personarum imbecillitate*: ita filius impubes, non pubes, in dubio ante patrem *l.* 9. *§.* 4. *ff. h.* matremque, *l.* 22. decessisse præsumitur. CARPZ. *P.* 3. *C.* 17. *d.* 10. atque inter maritum & uxorem, uxor prius mortua esse creditur. *dd. LL. item l.* 9. *§.* 3. *ff. h.* CARPZ. *c. l. d.* 12. nisi contrarium probetur *d. l.* 9. *§.* 4. *ff. h.* etiam per unum testem, qui rejiciendus non est. CARPZ. *d.* 15. Item *favore fideicommissi*, ut exstitisse putetur conditio adjecta: si sine liberis decesserit, pater filio superstes fuisse existimatur. *l.* 17. §. 7. *ff ad SCt. Treb. v.* CARPZ. *P.* 1. *dec.* 19. *item* WISS. *P.* 2. *d.* 6. *th.* 21.

## DE REGULA CATONIANA. L. 34. ff. t. 7.

VI. LEGATA inania sunt, *quæ ab initio non subsistunt*, nam *ex post facto non convalescunt*, per regulam Catonianam *l.* 1. *ff. h* cui etiam in hereditatibus locus est. *l.* 210. *ff. de R. I.* HAHN. *ad* WES. *h. n.* 4. sed Regula Catoniana non obtinet in legatis, quorum dies demum post aditam hereditatem cedit. *l.* 3. *ff. h.* neque in institutionibus conditionalibus, aut novis legibus *l.* 4. *l.* 5. *ff. h.*

## DE HIS QUAE PRO NON SCRIPTIS HABENTUR. L. 34. ff. t. 8.

VII. INTEREUNT Legata, quando pro non scriptis habentur, veluti cum incapaci *l.* 3. *ff. h.* vel in rebus humanis non existenti, relinquuntur *l.* 4. *ff. h.* vel legatum in eam causam pervenit, a qua incipere non potest. *l.* 3. §. 2. *ff. h.* item *quoties sibi quis legatum in testamento vel codicillis adscribit. l.* 5. *ff. h. l.* 2. *C. de his qui sibi assc.* neque interest, utrum testamentum scriptum, an nuncupatorium, in scripturam redactum sit. HAHN. *ad* WES. *h. Sed* nisi Testator, adscribente sibi extraneo, specialem, in potestate constituto, generalem adhibeat subscriptionem, qua legatum suo jussu scriptum esse testetur *l.* 14. *l.* 15. §. 1. *ff. ad L. Corn. de falſ. d l.* 2. *C.* CARPZOV. *P.* 3. *C.* 3. *d.* 9. ANT. MATTH. *de Crim. l.* 48. *t.* 17. *C.* 1. *n.* 4. ubi appositum sigillum generalis subscriptionis vice non fungitur. CARPZOV. *c. l. d.* 10.

## SI CUI PLUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT, LEGATUM ESSE DICATUR. L. 35. ff. t. 3.

VIII. DENIQUE imminuuntur aut tolluntur legata, si plus, quam per legem Falcidiam licuerit, relictum est, de quo cum non raro juste dubitari possit, *subvenit Prætor heredi, ut ei Legatarius satisdet*, ut si apparuerit, eum amplius Legatorum nomine cepisse, quam e Lege Falcidia capere licet, quanti ea res erit, tantam pecuniam det, dolusque ab eo absit. *l.* 1. *ff. h.* nam lex Falcidia facit, ut nonnunquam pars Legati, nonnunquam totum Legatum revocari possit *d. l.* 1. §. 11.

IX. HAEC satisdatio etiam in mortis causa donationibus obtinet. *l.* 1. §. 10. *ff. h.* ab ea tamen liber est fiscus *l.* 3. §. 5. *ff. h.* pauper. *l.* 6. & is, cui minuta alimenta sunt relicta. *l.* 3. §. 4. *ff. h.*

## TITULUS V. AD SCTUM TERTULLIANUM ET ORPHITIANUM. L. 38. ff. t. 17.

I. DEFICIENTE Testamento *juri succedendi ab intestato* locus est, quod *vel a lege, vel a Pretore dependet. A Lege* datum, olim angustis limitibus inclusum erat: nam Lex XII. Tabb. suos tantum & legitimos heredes i. e. agnatos vocabat §. 1. *I. de hered. quæ ab intest. pr. I. de legit. agn. success.* Quæ Juris angustiæ emendatæ sunt, cum SCto Tertulliano mater ingenua, trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad successionem filiorum filiarumve ab intestato admissa est in solatium liberorum amissorum §. 1. *&* 2. *I. ad SCt. Tertull.* & SCto Orphitiano liberi ad bona matrum intestatarum vocati. *pr. I. de SCt. Orphit.* Tandemque per *Nov.* 118. jus illud successionis ad æquitatem plenius exactum extensumque est. *v. Magnif.* AUT. *l.* 2. *t.* 30. *aph.* 3. *seq.*

## DE GRADIBUS ET AFFINIBUS ET NOMINIBUS EORUM. L. 38. ff. t. 10.

II. CUM vero ad intelligendas successiones, tam legitimas, quam Prætorias, necessaria sit graduum cognitio. *l.* 10. *ff. de Grad. & affin.* de illis vero per computationem constet, præmittendum videtur, quod *Computatio graduum sit* investigatio, quoto gradu a se invicem personæ in consanguinitate vel affinitate distent. Hæc fieri vulgo solet in schemate, arboris formam repræsentante, quæ *Arbor dici potest* ocularis demonstratio graduum, quibus personæ inter se distant; eaque *est vel consanguinitatis vel affinitatis. Consanguinitas est* vinculum personarum a communi stirpe provenientium, carnali propagatione contractum. *Affinitas est* conjunctio personarum inter se conjunctarum per justas nuptias, inter uxorem & mariti consanguineos, & inter maritum & uxoris consanguineos contracta. *l.* 4. §. 8. *ff. h.* §. 9. *J. de Nupt. c.* 5. *X. de Consangu. vel Affin.* Tam in arbore consanguinitatis quam affinitatis diversæ sunt lineæ, lineæve gradus continent. *Linea est* collectio personarum inter se conjunctarum, gradus numero discernens. Linea *est vel recta vel obliqua*, seu collateralis. *Recta* quæ personas generantes & generatas complectitur, eaque cum a persona generata seu descendente, ad personam generantem seu ascendentem, ascendimus, *superior seu ascendens*, cum a persona generante seu ascendente ad personam generatam, seu descendentem, descendimus, *inferior*, *seu descendens* appellatur *v. l.* 9. *ff. h. Linea Collateralis*, quæ etiam obliquæ & transversalis nomine venit, *est*, quæ personas a latere junctas complectitur, cum eas nec generaverimus, nec illæ a nobis generatæ sint, e. g. fratres & sorores. Hæc Jure Canonico *est vel æqualis vel inæqualis. Aequalis* est, in qua personæ æquali seu pari gradu a communi stirpe distant. *Inæqualis*, in qua personæ inæquales, impari gradu, a commune stirpe distant, ita ut altera persona stirpi proprior, altera re-

motior fit. *Gradus est* distantia proxima unius personæ ab altera, per generationem constituta *§. 7. I. de Grad.* unde apparet, in consanguinitate proprie, in affinitate improprie dictos gradus reperiri. *l. 4. §. 5. item l. 10. ff. h.*

III. COMPUTATIO *graduum dividitur in Civilem*, quæ fit secundum regulam juris Civilis, & *Canonicam*, quæ fit secundum regulas Juris Canonici. Addunt nonnulli Saxonicam ex LAND-R. *l. 1. art. 3.* Sed Jure Saxonico a computatione Juris Civilis aut Canonici non receditur. CARPZOV. *de Usu Arb. Consangu. D. 1. th. 13.* Si excipias casum successionis, quod frater ex uno latere uno gradu remotior esse putatur, *v.* RITTERSH. *de Diff. J. C. & Can. l. 1. c. 6. Jure Civili* computatur juxta unicam generalemque regulam; *Quot sunt generationes, tot gradus*, §. 7. *J. h. v. l. 10. §. 9. ff. h. In computatione Juris Canonici*, & quidem *in linea recta* obtinet regula: *Quot sunt personæ, tot gradus stipite demto*, quæ in effectu cum ea, quæ ex Jure Civili tradita est, convenit. *In linea obliqua æquali* obtinet hæc regula: *Quoto gradu alterutra persona, de cujus cognatione quæritur, distat a communi stipite, eodem gradu eæ personæ distant inter se. In linea obliqua inæquali* obtinet hæc: *Quoto gradu persona remotior* ex iis, quarum conjunctio investigatur, *distat a communi stipite, eo distant inter se, c. 9. X de Consang. & Affin. c. 4. cum seqq. caus. 35. q. 5. v.* CARPZOV. *tr. de Usu Arb. Consang. d. th. 10. & 11.* SCHILT. *Inst. Jur. Can. l. 2. t. 10. §. 24.*

IV. PRAETEREUNDUM hoc loco non est, quod *Canonistæ* vulgo *Affinitatis tria genera constituant. Primum genus est*, quod per personam, consanguinitate junctam, mediantibus nuptiis contrahitur. Ita sororis meæ maritus est mihi in primo genere affinitatis. *Secundum est*, quod per personam, primo genere affinitatis junctam, mediantibus nuptiis contrahitur. Ita sororis meæ defunctæ relicti mariti uxor est mihi in secundo genere affinitatis. *Tertium est*, quod per personam, secundo genere affinitatis junctam, intervenientibus nuptiis contrahitur. Ita sororis meæ præmortuæ relicti mariti uxoris relictæ secundus maritus est mihi in tertio genere affinitatis. *v. c. 8. X. de Consanguin. & Affin. Per* hæc *diversa affinitatis genera* autem *modus attinentiæ*, ut loquuntur, *non gradus mutatur*, CARPZOV. *P. 4. C. 38. d. 5. n. 7.* Cæterum in affinitate eadem est computationis ratio, quæ in consanguinitate. PHIL. *Usu Pract. Inst. l. 1. Ecl. 66.* dummodo attendatur regula: *Quoto gradu consanguinei uxoris uxori junguntur in consanguinitate eodem marito junguntur in Affinitate*, & vice versa: *Quoto gradu consanguinei mariti marito junguntur in Consanguinitate, eodem uxori junguntur in affinitate. c. 5. X. de Consangu. & Affin.* CARPZOV. *c. l. th. 17. & 20.* SCHILT. *Inst. Jur. Can. l. 2. t. 10. th. 35. seqq.* RITTERSH. *de Diff. J. Civ. & Can. l. 1. c. 6.*

V. UTRAQUE *Computatio* in usu est, at in diversis materiis: nam *Canonica in matrimonialibus* vulgo *recepta est*, præcipue cum causarum matrimonialium cognitionem suam, conniventibus Principibus, fecerint Pontifices. *v.* ZIEGL. *ad Inst. Lanc. l. 2. t. 13. p. 439.* uti *de Jure Saxonico* testatur *Die Kirchen-Ordnung. Tit. spec. welche Personen sich in Ehegelöbniß mit einander einzulassen verboten*: CARPZOV. *Jurispr. Cons. l. 2. d. 75.* eadem Computatio *apud Saxones in criminalibus* attendi solet, ut in parricidio, incestu &c. excepto furto domestico, per NOV. CONST. EL. 6. *Computatio civilis* autem *in Tutelis & successionibus*, utpote Judicis secularis cognitioni semper relictis,

*obser-*

*observatur*, *v.* CARPZ. *Us. Arb. Conf. D.* 1. *th.* 13. 14. *&* 15. ZIEGL. *c. l.* ROSBACH. *de compar. J. C. & Can. t.* 6. *num* 2. *&* 3.

VI. NOMINA consanguineorum in linea recta & transversa *v. in l.* 10. §. 12. *seqq. ff. h. l.* 1. §. 3. *ff. eod.* Nomina affinium vero in *l.* 4. §. 4. *seqq. ff. h.* Ad calcem hujus tituli post computationem etiam *Prohibitionem graduum* annectere placet. *In linea recta consanguinitatis & affinitatis prohibitæ sunt nuptiæ inter parentes & liberos* (quibus susceptores cum susceptis e Baptismo apud nos non annumerandi sunt, PHILIPP. *Usu Pract. Inst. l.* 1. *Ecl.* 62.) *in infinitum* §. 1. *I. de Nupt. l.* 17. *C. eod. secundum Jus Civile, Canonicum, Saxonicum: in linea obliqua* consanguinitatis & affinitatis *secundum jus civile inter fratres & sorores, item personas, quæ sibi invicem sunt parentum loco, prohibitæ sunt nuptiæ. §.* 2. *I. de Nupt. l.* 39. *ff. de rit. nupt. item c.* 1. *X. de Consang. & Affin.* Dicitur autem parentis loco esse, qui proxime subest communi stipiti, a quo alter ipso est remotior. *Jus Saxonicum* ulterius progreditur, *nuptiasque interdicit* tam in consanguinitate, quam affinitate, *usque* ad *Gradum tertium lineæ collateralis inæqualis*, ipso gradu tertio lineæ collateralis inæqualis incluso, KIRCHEN-ORDNUNG. *Tit. cit. spec. Welche Personen sich in Ehegelöbniß &c.* Quod idem non tam Jure Canonico quam *Usu Saxonico* in affinitatis genere primo & secundo, non tamen tertio, statuendum est, *v.* CARPZOV. *tr. de us. Arb. Conf. d.* 1. *th.* 42. *&* 44. Confer. tamen PHIL. *Us. Pract. Inst. l.* 1. *Ecl.* 67. Imo *jus Canonicum matrimonia prohibet* in consanguinitate & affinitate *usque ad gradum quartum lineæ collateralis æqualis inclusive c.* 8. *X. de Conf. & Affin.* Exempla prohibitionum, *v. ap.* AUCT. *Magnif. l.* 1. *t.* 6. *aph.* 5. *seqq.*, *v.* ZIEGL. *c. l. v. & tertio* SCHILT. *c. l.* §. 22.

## TITULUS VI. DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

**L. 37. ff. t. 2. Si tab. test. ext. T. 3. De bon. possess. furioso. infanti, muto, surdo, cœco competente.**

I. POST legitimam successionem accedendum ad Prætoriam, seu *Bonorum possessionem, quæ vel ordinaria est*, & verbo, jure atque ordine certis personis defertur. *v. l.* 13. *§.* 15. *ff. de Carb. Ed. vel extraordinaria*, & extra certum ordinem quibusdam accommodatur. VIN. *ad.* §. 3. *J. de Bon. Poss. Ordinaria* bonorum possessioni locus est vel *tabulis testamenti extantibus*, vel non extantibus. Extare autem Testamenta dicuntur, non tantum quando supersunt legique possunt, sed etiam, si postea prolata deleta sunt. *l. un. ff. si tab. test. ext.* Cum vero *tempus bonorum possessionis petendæ* statutum, scientibus sit præfinitum, *nec furioso*, *nec infanti* curatore & parente licet sciente, *sedit. l.* 1. *ff. de bon. poss. fur.* Non idem in muto, surdo & cœco intelligente obtinet. *l.* 2. *ff. eod.*

**L. 37. ff. t. 4. De bonorum possessione contra tabulas. T. 5. De Legatis præstandis, contra tabulas bon. poss. petita. T. 8. De conjungendis cum emanc. lib. ejus.**

II. EXTANTIBUS testamenti Tabulis, bonorum possessio vel secundum tabulas, vel contra tabulas defertur. *Bonorum possessionem contra tabulas* impetrant liberi præteriti, non tantum emancipati. *l.* 1. §. 6. *ff. de bon. poss. cont. tab.* sed etiam sui, quod hodieque obtinet HAHN. *h. t. num.* 3. *v. l.* 12. §. 1. *ff. h.* & adoptivi, in potestate pa-

tris adoptivi, tempore mortis, existentes *l.* 1. *pr.* & §. 5. *ff. eod.* Quamvis autem per bonorum possessionem contra tabulas, infirmato testamento, etiam legata corruant, *certis* tamen *personis*, ut liberis, parentibus, uxori nuruique, dotis nomine, *Legatum* ab emancipato *solvi placuit. l.* 1. *ff. de legat. præstandis l.* 15. *ff. eod.* Item quando *Prætor* filio emancipato bonorum possessionem concedit, ita rem temperat, ut *filios* ejus, avi nepotes, in potestate retentos, ex parte dimidia *cum patre concurrere permittat l.* 1. *ff. de conjung. cum eman. lib. Jure novo* Nepotes a Patre suo excluduntur. *N.* 118. *c.* 3.

L. 37. ff. t. 11. de bon. poss. secund. tab.

III. BONORUM *possessio secundum tabulas* datur heredibus testamento, septem testium signis signato *l.* 2. *C. h.* scriptis, tam institutis quam substitutis *l.* 2. §. 4. *ff. de bon. poss. secund. Tab.* pure vel sub conditione *l.* 5. *ff. l.* 2. §. 1. *ff. h.* idem in nuncupativo testamento institutis obtinet. *l.* 2. *C. h.* Sunt qui hoc ad Testamenta quovis Jure valida, hodie extendunt. HAHN. *h.*

L. 37. ff. t. 12. Si a Parente quis manum suis sit. t. 13. de bonor. poss. ex testam. militis. L. 38. ff. t. 2. de bon. libertor. t. 3. de Libertis universitatum. t. 4. de Assignandis liberi, t. 5. si quid in fraud. Patroni factum sit.

IV. RELIQUUM est, ut circa bonorum possessiones, ex testamento moneatur, *bonor. possess. contra tabulas Parenti*, qui filium manumisit, exemplo Patroni, *tributam esse l.* 1. *ff. si a Paren. quis man.* atque ex testamento militari, licet minus solenne sit, bonorum possessionem peti posse. *d. l.* 1. *ff. de bon. poss. ex. test. milit. j.* HAHN. *h. v. Rata.* Pariter patronus, deficientibus liberis, jure patronatus ad bonorum possessionem omnium bonorum ab intestato pervenit *pr. I. de Success. libert.* testamento facto autem, per bonorum possessionem contra tabulas, tertiam bonorum partem consequitur. §. 3. *J. d. t. v. l.* 1. §. 5. & *t. t. ff. de bon. libertorum.* Idem jus patronatus municipiis & aliis *universitatibus*, in bonis suorum libertorum denegandum non est. *l.* 1. *ff. de libert. universit.* & ad liberos Patronorum transit. *d.* §. 3. *I.* æqualiter, nisi Patronus uni ex liberis *libertum assignaverit.* i. e. testificatus sit, cujus ex liberis libertum esse velit. *l.* 107. *ff. de V. S. l.* 1. *ff. de Assign. libert.* De quo jure adeo prospectum est patronis, ut si *in fraudem legitimæ* partis quicquam *alienatum* sit, ab intestato succedentes patroni Calvisiana *l.* 2. *C. si in fraud. Patr.* ex testamento, Faviana actione id revocare possint *l.* 3. §. 2. *ff si quid in fraud. Patr.*

L. 38. ff. t. 5. si Tab. Testam. nullæ extabunt unde Liberi. t. 7. unde legit. t. 8 Unde Cognati. t. 9. de successorio Edicto. t. 12. de Veteran. & mil. success. t. 13. Quib. non competit bonor. poss.

V. TABULIS testamenti non exstantibus, primo gradu ad bonorum possessionem admittuntur *liberi*, non tantum naturales, sed etiam adoptivi, qui in potestate fuerunt. l. 1. §. 6. *ff. si tab. test. null.* Secundo gradu *legitimi* i. e. agnati per masculos defuncto juncti. *v.* §. 1. *I de Legit. agn. success.* etsi longissimo gradu §. 3. *I eod. v.* HAHN *ad Wes. h. n.* 3. item hi, quibus lex vel Senatus Consultum bonorum possessionem defert *l.* 3. *ff. Unde legit.* Tertio gradu *cognati* i. e. per fœminini sexus personas defuncto juncti, *v.* §. 4. *I. de success. cognat.* non exclusis agnatis, agnationis jure, in secundo gradu

præclusis. §.7. *I. de leg. agnat. suc.* Petendæ bonorum possessioni tempus certum est præscriptum, quod in extraneis heredibus est centum dierum. *l. 1. §. 9. ff. de success. Ed.* in liberis & parentibus vero spacium anni utilis *d. l.* §.14. *l. 2. ff. Quis ord. in bon. poss.* quo præterlapso, neglectoque, subsequens gradus vocatur. *l. 1. ff. d. t.* Singulare est in milite, & quidem odiosum, quod ab intestato illi tantummodo ad quintum gradum inclusive succeditur *l. 2. ff. de Veteran. & milit. success.* favorabile vero, quod ob delictum militare damnatus miles, & testari, & successorem ab intestato habere potest *l. 1. ff. eod.* Excluditur a bonorum possessione, qui ea vel indignus est, vel eidem renunciavit. *l. un. ff. Quib. non comp. bon. possess.*

L. 38. ff. t. 14. ut ex Legib. Senatusve consul. bon. poss. detur. t. 15. Quis ordo in possess. servetur.

VI. EXTRAORDINARIAM *bonorum possessionem* concedit prætor, cum expresse per legem novam civilem, alia lege civili non vocatum, ad successionemve admittit *l. 1. pr. §. 2. ff. ut ex legib. Senatus c. bon. poss.* Denique adjiciendum est, quod *in casu testati*, vel secundum, vel contra tabulas, petatur bonorum possessio, *in casu intestati* eo ordine, ut primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir & uxor vocentur. *L. 1. l. 2. §. 1. ff. Quis ordo in possess. servetur.*

## TITULUS VII. QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR: ET DE HIS, QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT. L. 20. ff. t. 4.

A dominio universali, seu jure hereditario transeundum est ad aliam juris in re speciem, Jus scilicet Pignoris, circa quod Creditorum prioritatem, & distrahendi potestatem, ut perpendamus, reliquum est.

I. QUODCUNQUE creditores jus hypothecæ nacti sunt in eadem re, alii *aliis sunt potiores*, quatenus *tempore* sunt *priores*. *l. 10. ff. h. l. 2. l. 7. C. h.* quæ temporis prioritas etiam semihorulis aut momentis æstimanda est, *v. l. 25. §. 1. ff. de liber. & posth.* BACH. *de pign. l. 4. cap. 6. num. 4.* GAIL. *l. 2. observ. 25. num. 3.* CARPZOV. *P. 1. C. 28. d. 111.* observaturque (1) tam in hypotheca generali, quam speciali, *l. 2. ff. h.* nisi qui specialem hypothecam habet, ex ea universum debitum exigere possit. *l. 2. C. de Pign. O. P. S. t. 46. §. Ob nun wohl.* CARPZOV. *P. 2. C. 23. d. 29.* FRANZ. *Comm. ff. h. t. n. 36.* obtinet (2) tam in hypotheca tacita, quam expressa *a l. 2. C. de priv. fisci O. P. S. t. 44. §. alle.* etiam in pignore prætorio, cum conventionali, aut judiciali concurrente *l. 3. C. ut in poss. legat. v.* WISS. *ad π. Disput. 40. th. 5. d. §. O. P. S. Magnif.* AUT. *S. J. C. Ex. 26. th. 29.* (3) tam posteriori creditore, quam debitore, hypothecam possidente *l. 1. ff. h. t. t. 44. O. P. S. §. und das hat.* (4) tam hypotheca pure, quam ex die, aut sub conditione accepta. *l. 1. l. 9. l. 11. § 1. ff. h.* dummodo conditio non pendeat ex debitoris voluntate *l. 9. §. 1. ff. eod.* BACH *Tr. de Pign. l. 4. c. 2.*

II. LIMITATUR vero *regula: Qui prior tempore potior est jure* (1) si alii e Creditoribus hypotheca publica (e. g. coram magistratu *mit Consens der Obrigkeit*, vel in-

ſtrumento publico) alii privata (ut ſcriptura privata) data ſit, *l.21. C. h.* HAHN. *ad Weſ. h. n.2.* GAIL. *l.2. Obſ. 25. n.9.* (2) ſi concurrens Creditor, ratione cauſæ debendi, præferatur aliis hypothecariis, ut uxor ratione dotis *l.12. C. h.* Quod Jure Saxonico ad creditores, tempore priores, hypothecam tacitam habentes, reſtringitur. *c.43. O. P. S. pr.* Creditor, cujus creditum in reparationem domus impenſum eſt. *l.5. l.6. ff. h. N.97. c.3.* CARPZOV. *P.3. C.28. d.105.* Creditor, qui ad emendum prædium mutuam pecuniam dedit, idque pignori ſpecialiter accepit. *l.7. C. h. id. d.107. v. c.43. O. P. S. t. wenn auch §. als* RICH. *de jure & Priv. Cred. Sect. 3. §.4.* (3) ſi creditor prior in oppignorationem, quæ fit poſteriori, conſenſit *l.12. §.4. ff. h.* FRANZ. *Comm. ff. t. quib. mod. pig. vel hypoth. ſolv. num.112. ſeqq. it. h. t. n.44.* Conf. *c.46. O. P. S. §. Es trägt ſich auch oftmahls zu.* CARPZOV. *d. C.231.*

III. TITULI hujus pars altera de his agit, qui in priorum Creditorum locum ſuccedunt. *Succedere* autem *h. l. dicuntur*, qui, dimiſſis ſua pecunia Creditoribus anterioribus, eorum jura nanciſcuntur *l.3. l.4. C. de his qui in prior. Cred. loc. ſucced.* ad quem effectum in creditore Chirographario, qui ad hypothecarii jura admitti cupit, expreſſo pacto, aut impetratione ſpeciali opus eſt *l.1. C. eod. l.1. C. de fidejuſſ.* non in Creditore hypothecario *d. l.3. & 4. C. l.12. §.6. ff. h.* CARPZOV. *P.1. C.28. d.113.* Si tamen tertii creditoris pecunia primus dimiſſus eſt, ſecundo is in ſumma ſoluta tantum præfertur. *l.16. ff. h.* FRANZ. *Comm. ff. h. t. n.72.* Idem in Creditore, cujus pecunia privilegiatus debitor eſt dimiſſus, obtinet: nam privilegium Creditoris adipiſcitur, dummodo non ex intervallo pecunia ad privilegiatum Creditorem pervenerit. *v. l.24. §. f. ff. de reb. auct. jud. poſſ.* CARPZOV. *P.1. C.28. d.134.* Imo qui hypothecam ſibi pactus eſt a debitore, eam quatenus ad Creditorem hypothecarium pecunia pervenit, conſequitur, licet alii hoc jus pacto jam promiſſum ſit. *l.12. §.8. ff. h.* Cæterum, quod hypothecario poſteriori promiſſum erat Jure Civili, etiam invito hypothecario anteriori offerre ſolutionem debiti, ut jus diſtrahendi pignoris conſequeretur. *l.1. l.8. C. h. v.* BACH. *Tr. de Pign. l.4. c.17.* hoc, data quoque poſterioribus Creditoribus diſtrahendi poteſtate, ſalvo jure tertii, in deſuetudinem abiiſſe, cenſet GROENEWEGEN. *de leg. abrog. ad d. l.*

## DE DISTRACTIONE PIGNORUM ET HYPOTHECARUM. L.20. ff. t.5.

IV. E Jure Pignoris propullulat *pignoris diſtractio*, quæ *fieri poteſt mora* in ſolvendo a debitore *commiſſa*. *l.7. C. h. poſt interpellationem vel fictam*, ut accidit in obligatione, cui dies pro homine interpellans, adjectus eſt. *l.12. C. de Contrah. ſtipul. vel veram v. l.32. ff. de uſur. j. l.73. ff. de furt.*

V. FORMAM *diſtrahendi pignoris* ſi ſpectemus, alia diſtractio extrajudicialis, alia diſtractio judicialis eſt. *Extrajudicialis* fieri debet bona fide, & ſolenniter. *l.9. C. h.* Bona fides in eo præcipue conſiſtit, ut pignus juſto pretio, non vili, per gratiam &c. vendatur *l.3. C. Si vend. pign. agatur.* eaque diligentia, quam bonus paterfamilias in rebus ſuis adhibere ſolet. *l.14. ff. de diſtract. pign.* CARPZOV. *P.1. C.28. d.13. n.6. & 7.* Ad ſolennia ante diſtractionem ſi convertamur, pacto de diſtrahendo pignore, in caſum

ſolutionis, certo die non factæ, pignoris dationi adjecto, debitori nullam denunciationem fieri neceſſarium. *l.4. ff. de pign. act. v. l.12. C. de Contrah. Stipul.* ſed pacto nullo adjecto, unica *a l.28. C. de adminiſt. tut.* pacto de non diſtrahendo pignore adjecto, una denunciatione per intervalla opus eſt. *d. l.4. ff. de pig. act. Magnif.* AUT. *S. J. C. Ex.26. th.44.* PHILIPP. *uſu Pract. Inſt. l.2. Ecl.41.* OBRECHT. *Diſp. de pignore th. 382. ſeqq.* Solennitas, in ipſo diſtractionis actu obſervanda, eſt, quod pignus publice proſcribendum, idemque debitori denunciandum, venit. *l.4. C. h. l.6. C. de remiſſ. pign.* CARPZOV. *P.1. C.28. d.136. n.7.* Hujus diſtractionis extrajudicialis uſum exoleviſſe, putat GROENEW. *de leg. abrog. ad l.1. C. h.* infrequentem eum *Jure Sax.* eſſe nec CARPZ. *d. def. n.15.* nec HARTM. PIST. *P.3. q.18.* diffitetur.

VI. FORMA *diſtrahendi pignoris judicialis* alia recenſenda eſt e Jure Civili, alia e Jure Saxonico. *Jure Civili* ſolutionem pecuniarum dependere juſſi, a die condemnationis, vel confirmatæ poſt provocationem ſententiæ, ſpatium quatuor menſium habent (in actione reali tempus eſt arbitrarium *v. §.3. I. de off. jud.*) *l.2. C. de Uſur. rei jud.* quo elapſo, nondumque facta ſolutione, pignora capiuntur, iisque captis, tempus duorum menſium datur, intra quod, ſi nulla ſubſecuta ſit ſolutio, pignora venduntur. *l.31. ff. de re jud. l.2. C. ſi. in cauſ. jud. pign.* alioque emtore non exiſtente, vel exiſtente quidem, ſed non dignum pretium offerente, is cui judicatus ſatis non fecit, ad licitationem admittitur *d. l.2.* ſi licitari non vult, in poſſeſſionem pignorum mittitur. *l.3. C. de exec. rei jud.* tandemque ei, auctoritate Principis, dominium addicitur, ubi ſuperfluum e pretio pignoris creditori reſtituere debet *v. l.31. ff. de Re jud l. f. §.4. C. de Iur. dom. imp. l. f. C. ſi in cauſ. jud. v.* FRANZ. *Comm. ff. h. t. n.91. ſeqq. item Tr. de Laudem. c. 6. n.449. ſeqq. j.* BACH. *de pignor. l.3. c.31. n.1.*

VII. AD *formam diſtrahendi pignoris judicialis e Jure Saxon.* jam perveniendum eſt. Hujus *Pignoris judicialis nomine* vero omne id *venit*, quod vigore inſtrumenti, paratam executionem habentis, capitur, aut, cum pignus conventionale ſit, auctoritate Judicis venditur. CARPZOV. *P.1. C.28. d.136. n.13. & 14.* Diſtinguendum autem inter actionem realem & perſonalem. In actione reali (veluti cum domus vindicanti, per ſententiam adjudicata eſt) tempus quatuordecim dierum, a tempore rei judicatæ, & petiti præcepti executivi currens, præfinitum, intra quod ſi facta non ſit reſtitutio, re quaſi manu militari aufertur, victorique traditur, PHILIPP. *ad T.39. O. P. S. §. nemlich. Conſid. 2.* CARPZOV. *Proc. T.25. art.3. num.4. ſeqq.* In actione perſonali terminus Saxonicus condemnato præfigitur, ſimulque eventualiter executioni dies certus ſtatuitur. *t.39. O. P. S. §. Wenn aber. Dd. cit.* Quando ad executionem pervenitur, triplici præcipue via inceditur: vel enim nulla æſtimatione prævia fit ſubhaſtatio, vel prævia licitatione Creditoris, vel prævia æſtimatione judiciali *d. t. § und weil.* *Cum ſubhaſtatio fit nulla æſtimatione prævia*, res per præconem intra ſpacium quatuordecim dierum, ter numerandum, ternis vicibus publicæ haſtæ ſubjicitur. Interim emtor vel invenitur, vel non invenitur. Quando emtor invenitur, qui certam pecuniæ ſummam offert, res denuo proſcribitur, plus licitanti addicitur *T.39. O. P. S. §. So ſoll man.* *Quando* non invenitur emtor, attentitur, num *Creditor* licitari velit, qui vel licitatur, vel non licitatur. Si licitatur, res, una cum quantitate a Creditore oblata, porro per quatuordecim dies, ter computandos, proſcribenda eſt, quibus elapſis, novoque emtore, plus

licitante, non reperto, judici æstimandum, utrum pretium a Creditore oblatum, sit æquum, & res creditori addicenda est, ita tamen, ut jus reluendi intra annum, debitori sit salvum *d. t. O. P. S. Wann nun* §. *damit* an vero iniquum, Creditorve licitatus non sit; & tum *locus est æstimationi judiciali*, qua facta, res, adjecta taxatione, per tempus quatuordecim dierum continuum, & ter computandum, ulterius proclamanda est. *d. T.* §. *Wenn aber* hoc subsecuto, nec emtore invento, aut secundum taxationem judicialem rem nancisci creditor, non contradicente debitore, potest, aut ulterius licitari, & facta quantitatis mentione, rem porro proscribere *d: T.* §. *wenn nun gleich*. Quodsi autem vel Creditor, vel debitor de taxationis judicialis iniquitate conqueratur, impetrare potest, ut res denuo per scabinos provinciales æstimetur, a qua æstimatione recedere non licet. *d. T.* §. *würde aber.* adeo, ut omni emtore deficiente, res Creditori eo pretio in solutum dari possint, per *P.*1. CONST. EL. 32 §. *Findet*. BERL. *P.*1. *Concl.* 81. *n.*222. Et quidem hic *subhastationis ordo præcise observandus* est; ejus enim inversio, aut præposteratio, totum processum vitiat *v. l.* 11. *C. de fide & jure hast. fisc. id. n.*225. Denique *singulare* hoc *in primo licitatore* receptum est, quod is offerendo augmentum pretii, subsequentibus licitatoribus oblati, subhastatione adhuc durante, in emtione reliquis præfertur: CARPZ. *P.*1. *C.*32. *d.*42. v. uberius de subhastione agentes CARPZOV. *d. C.* BERL. *d. Concl.* JOH. PHILIP. *toto Tr. de subhastat.*

## TITULUS VIII. DE INTERDICTIS. L. 43. ff. t. 1.

POSTEAQUAM jus Pignoris expositum, ad jus Possessionis pergendum est, e quo interdicta prætermissa referre, mei est instituti.

L. 43. ff. t. 6. ne quid in loco sacro.

I. AB Objecto dividi possunt *interdicta* in personalia & realia. *Personalia sunt*, quæ circa jus personarum, *Realia*, quæ circa jus rerum versantur. *Realia vel publica sunt*, *vel privata*. *Publica* vel de rebus divini, vel humani juris tractant. De rebus *Divini Juris* agit *interdictum*: *Ne quid in loco sacro fiat. v. l.* 1. *ff. de Rer. div.* quod est remedium prætorium prohibitorium. *l.* 1. *ff. h.* restitutorium. *l.* 2. §. 19 *ff. Ne quid in loc. pub.* & competit cuivis ex populo *v. l.* 10. *C. de Episc. & Cler. j. l.* 2. §. 2. *ff. Ne quid in loc. pub.* maxime locorum sacrorum curatoribus *l.* 1. §. 3. *ff. h.* adversus eum, qui quid facit in loco sacro, etiam muris & portis, deformitatis, damni vel incommodi causa *l.* 1. §. 2. *ff. h.* ad hoc, ut facere desinat, factumque restituat *d. l.* 2. §. 19. Hodie illud utiliter applicari potest adversus eos, qui fenestras lapidibus infestant, stercore conspurcant, aut ad limina vel parietes templi fimum projiciunt, similive modo in loca sacra quid immittunt. ECK. *Comm. ff.* §. 3. *h. t.*

L. 43. ff. t. 7. de locis & itineribus publ.

II. DE rebus *publicis humani juris* concepta sunt interdicta sequentia. Præmittitur autem *generale interdictum de locis & itineribus publicis*, quo prætor vetat prohiberi usum loci publici, & de eo, quolibet postulante, se interdicturum pollicetur. *l.* 1. *ff. h.* Vocabulum autem itineris publici *d. l.* denotat *den Fußsteig bey der Heerstraßen*, seu jus eundi ambulandi per viam publicam.

L. 43. ff. t. 8. Ne quid in loco publ.

III. SEQUUNTUR jam *interdicta specialia in titulo: Ne quid in loco publico vel itinere fiat*. *Primum* Interdictum agit *de locis publicis*, & est remedium Prætorium prohibitorium *l. 2. §. 1. ff. h.* perpetuum, quod datur cuivis ex populo *l. 2. §. 34. ff. h.* adversus eum, cui damnum qualecunque infertur, faciendo quid in loco publico *l. 2. §. 5. & 11. ff. h.* ad præstandum quanti auctoris interest. *d. l. §. 34. Secundum Interdictum de viis & itineribus publicis tractat*, & tria membra complectitur, quorum *primum*, fieri quid in via, itinereve publico vetat, quo via iterve reddatur deterius *d. l. 2. §* 20. ut, si quid factum nondum est, caveat non fieri *d. l. §. 18.* si quid jam factum est, præstetur id, quod interest, *d. l. §. 34. Secundum* id quod factum, immissumve est, quo via vel iter fit deterius, restitui, aut interesse præstari jubet. *d. l. §. 35. 43. & 44. Tertium* via publica, itinereve publico, euntem, agentemve, impediri prohibet *d. l. §. f. v.* plur. MINDAN. *de Interd. n. 5. 6. & præced.*

L. 43. ff. t. 9. de loco publico fruendo.

IV. DE loco publico fruendo proposuit Prætor interdictum retinendæ possessionis prohibitorium, quod competit illi, qui locum publicum conduxit, ejusve socio *l. 1. ff. h.* adversus eum, qui frui prohibet, ad hoc, ut secundum legem locationis frui liceat *d. l. 1. §. 3.* Hoc interdictum hodie ad balnea publica, vectigalia, & similia a Magistratu conducta pertinere, recte asserit HAHN. *ad Wesenb. h. t.* licet WISS. *h. t. th.* 22. extra ordinem conductori, manu militari succurri solere, testetur: id enim extraordinaria via prohibentibus adhibita, præcipue locum habere duxerim.

L. 43. ff. t. 10. de via publica, & si quid in ea factum esse dicatur.

V. VIAE publicæ cura incumbit Aedilibus unde (1) construere caduca jubent. *l. 1. §. 1. ff. h.* (2) fubruere viam prohibent, sub pœna mulctæ & restitutionis *l. 1. §* 2. (3) vias publicas secundum propriam domum construi, & aquæductus, qui sub cœlo libero sunt, purgari volunt, ita ut non prohibeatur vehiculum transire. *l. 1. §. 3. ff. h.* (4) in viis nec stercora nec pelles jacere, nec ante officinas projicere, aut proponere inutile quicquam, permittunt. *l. 1. §. 4. & 5. ff. eod. Hodie* viæ publicæ per plateas pontesve impensis ærarii parari, reparari vertique solent, at ærario deficiente, cives & incolæ omnes conferre tenentur, idemque in recuperandis mœnibus, aggeribus, vallis, fossisque dicendum, ubi ne quidem Clerici a collatione eximendi sunt, *v. l. 7. C. de Sacr. S. Ecl. v. l. f. C. de quib. mun. vel præst.* HAHN. *ad Wes. h. t.* CARPZOV. *Jpr. Conf. l. 2. t. 22. d. 340.*

L. 43. ff. t. 11. de via publ. & itinere publico reficiendo.

VI. INTERDICTUM de via publica, & itinere publico reficiendo prætorium & perpetuum. *l. 1. §. 3. ff. h.* competit cuivis ex populo *d. §.* adversus eum, qui viam publicam iterve publicum reficere i. e. ad veterem altitudinem, latitudinemque restituere, & purgare prohibet, ad hoc, ut quanti actoris interest, præstetur. *d. §. 3.* Cæterum, si in agrum vicini viam publicam quis rejecerit, eatenus in eam viæ rectæ actio dabitur, quanti ejus interest, cujus fundo injuria irrogata est *l. 3. ff. h. v.* FRID. MIND. *de Interd. t. 3. n. 71.*

L. 43. ff. t. 12. de fluminibus, ne quid in flumine publ. ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.

VII. NE *quid in flumine publico ripave ejus fiat*, *quo pejus navigetur*, proditum a Prætore *duplex interdictum*, ad flumen publicum navigabile pertinens *l.* 1. §. 4. *&* 12. *ff. h. Prius* est prohibitorium *l.* 1. *ff. h.* & competit cuivis ex populo *v. l.* 1. *ff. de loc. & itin. publ.* adversus eum, qui navigationem aut iter (quo etiam iter pedestre, cujus usus est, cum navis per boves, equos, aut homines trahenda est. FRID. *de Interd. t.* 6. *n.* 34. HAHN. *ad* WES. *n.* 1. comprehenditur *l.* 1. §. 1. *ff. h.*) deterius reddere vult. *l.* 1. §. 14. *&* 17. ad hoc, ne id faciat *l.* 1. *ff. h. Posterius* Interdictum est restitutorium, quod datur cuivis ex populo. *v. l.* 1. §. 20. *ff. h.* adversus eum, qui quid factum, immissumve habet, quo statio, iterve deterius fit, ad hoc ut restituat. *l.* 1. §. 21. *&* 22. *ff. h.*

L. 43. ff. t. 13. Ne quid in flum. publ. fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit.

VIII. PRAETOR cavet *duplici Interdicto*, *ne quid in flumine publico fiat*, *quo aliter aqua fluat*, *atque uti priore æstate fluxit*, quorum *primum* in *l.* 1. *pr. ff. h.* traditur, & est prohibitorium, concediturque cuivis ex populo. *l.* 1. § 9. *ff. h.* adversus eum, qui in flumine publico, tam navigabili, quam non navigabili. *d. l.* 1. §. 2. ejusve ripa, quid facit aut immittit, quo aliter aqua fluat, atque priore æstate fluxit, *d. l.* 1. §. 6. *&* 8. ad hoc ne quid eo modo fiat, aut immittatur *l.* 1. §. 2. *ff. h: Secundum* in *l.* 1. §. 11. *h.* proponitur, & est restitutorium, ad ejus, quod factum, aut immissum est, restitutionem tendens. *d.* §. 11. *&* 12. *ff. h.* Quæritur autem *utrum in flumine publico liceat ædificare molendinum* jure dominii, quod quis in fundo adjacente sibi asserit? Quod affirmandum esse videtur cum HAHN. *ad* WES. *h. t. &* ZIEGL. *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 15. *th.* 32. *seqq. v. l.* 1. §. 12. *ff. de flum. l.* 24. *ff. de damn. inf.* nisi Principis declaratio prohibitiva facta sit.

L. 43. ff. t. 14. ut in flumine publ. navigare liceat.

IX. UT *in flumine publico navigare liceat Interdicto prospicit Prætor*, *quod est* remedium prohibitorium, competens cuivis, in flumine, lacu, fossa, stagno publico navigare prohibito, adversus prohibentem, ad hoc, ne prohibeatur *l.* 1. *ff. h.* Utiliter publicano datur, qui piscari prohibitus est, cum lacum vel stagnum conduxisset, *l.* 1. §. 7. *ff. h.* applicatur etiam adversus vicinos vel accolas fluminis, merces, ligna, trabes & similia per ripam onerare, & exonerare prohibentes, *v. l.* 1. *ff. h.* HAHN. *h. t.*

L. 43. ff. t. 15. de Ripa munienda.

X. AD res publicas etiam referri potest *ripa*, quatenus illius usus publicus est. *l.* 5. *ff. de Rer. div. de qua Prætor prodidit Interdictum*, quod est prohibitorium, tribuiturque illi, qui in flumine publico, ripave ejus, opus facere, ripæ, agrive, qui circa ripam est, tuendi causa, cupit, ex quo navigatio non fit deterior, adversus eum, qui prohibet, cum illi in annos decem cautum, vel satis datum sit, ad hoc, ut impedire desinat. *l.* 1. *pr. &* §. 3. *ff. h.* Utiliter hoc interdictum ad ripam lacus, fossæ, stagni muniendam extenditur. *l.* 1. §. *f. ff. h.*

L. 43. ff. t. 4. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

XI. ACTUM est de interdictis, quæ res publicas concernunt, *ad res privatas pertinent*

*pertinent* (1) *Interdictum*, *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, quod est prohibitorium, restitutorium *l.* 1. *§.* 1. *ff. h.* annale *l.* 1. §. 8. daturque ei, qui permissu jus dicentis, in possessionem missus, sed non admissus est. *l.* 1. *ff. h.* adversus eum, qui suo vel aliena nomine ipsum dolo. *l.* 1. §. 6. *ff. h.* in possessione esse prohibuit. *l.* 1. §. 3. *l.* 2. §. 1. *ff. h.* ad hoc, ut tantum præstet, quantum missi interest, possessionem habere *l.* 1. §. 5. *ff. h.* Si missus actione ex hoc interdicto uti velit, locum ea habet. Potest etiam magistratus extraordinarie suum decretum manu militari exequi *l.* 3. *ff. h. v.* Hill. *ad Donell. l.* 20. *c.* 6. *n.* 9.

XII. (2) Interdictum *de tabulis exhibendis* quod *est* prætorium, exhibitorium *l.* 1. *pr. ff. h.* perpetuum. *l.* 13. §. 16. *l.* 3. *§.* 7. *ff. h.* & competit illis, quorum interest tertii alicujus testamenti tabulas exhiberi *v. l.* 1. *§.* 10. *ff. h. l.* 3. *C. Quemadm. Test. aper.* adversus eos, qui negant se exhibere posse, vel oportere. *l.* 1. §. 1. *ff. h.* cum tabulæ Testamenti apud eosdem sint, vel dolo malo esse desierint. *l.* 1. *l.* 3. §. 6. *ff. h.* ad hoc, ut illas vel exhibeant, vel id, quod interest, præstent, *d. l.* 3. §. 11. *ff. h.*

L. 43. ff. t. 25. de Remissionibus.

XIII. (3) Interdictum *de Remissionibus est* remedium prohibitorium, quod datur ei, qui remissionem a novi operis nunciatione, quæ tenebat, impetravit, *l.* 1. *pr. &* §. 2. adversus eum, qui novum opus nunciavit, ad hoc, ne vis fiat opus facienti. Strauch. *ad Jus Justin. Diss.* 23. *th.* 4.

L. 43. ff. t. 20. de Precario.

XIV. (4) Interdictum *de precario est* remedium restitutorium, recuperandæ possessionis, quod conceditur illi, qui usum rei precario roganti concessit ejusque heredibus, *l.* 8. *§.* 1. *ff. h.* adversus eum, qui rem precario habet, aut dolo malo habere desiit *l.* 4. §. 2. *l.* 2. *ff. h.* ejusque heredes *l.* 8. §. 8. *ff. h.* ad hoc, ut res restituatur in pristinam causam, & si hoc factum non fuerit, id quod interest, rem non restitui, ex eo tempore, ex quo interdictum editum est, præstetur. *l.* 8. §. 4. *ff. h.* conf. Amad. Eck. *Comp. Pand. h. t.* §. 7. *seqq. Precarium* autem, monente Ulpiano in *l.* 1. *pr. h. est*, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur, & quia proxime ad donationem accedit. *l.* 14. *ff. h.* non præsumitur. Carpzov. *P.* 2. *C.* 41. *d.* 18. *n.* 8. Constituitur precarium consensu concedentis, & accipientis, tam expresso, quam tacito *l.* 1. *l.* 4. *§. f. ff. h.* accedente traditione vera, vel ficta. *l.* 1. § *f. l.* 22. *ff. h.* precario res mobiles & immobiles conceduntur. *l.* 2. *C. h. l.* 4. *ff. h.* corporales & incorporales. *l.* 2. §. *f. l.* 3. *ff. h.* etiam habitatio *d. l.* 2. *C. h. v.* Hahn. *ad* Wesenb. *h. t. num.* 4. alienæ & propriæ rogatis, quoad proprietatem, non possessionem *l.* 6. §. *f. l.* 7. *l.* 11. *ff. h.* Per precarium tribuitur rei usus, sui natura revocabilis, unde ad certum tempus cum effectu non datur. *l.* 12. *ff. h.* quia natura æquum est, tamdiu alium liberalitate mea uti, quamdiu ego velim. *l.* 2. § 2. *ff. h.* ex humanitate tamen confestim precarium repetendum non est. *v. l.* 17. §. 3. *ff. Commod.* Hill. *ad Don. l.* 14. *c.* 34. *l. c.* Respectu effectus precarii rogatio vel simplex est vel non simplex: simplex supra exposita est, & tantum detentionem operatur, *l.* 5. §. 2. *ff. h.* Nonsimplex esse dicitur, cum præter usum, etiam possessio conceditur, *l.* 15. §. 4. *ff.*

*h. item l. 6. §. 2. ff. eod.* Præſtandum eſt in precario, ob revocabilitatem, tantum dolus, & culpa lata, ſed edito interdicto, dolus, culpa, & omnis cauſa *l. 8. §. 3. ff. h.* Præter interdictum autem, datur etiam precarium concedenti actio præſcriptis verbis extraordinaria, ex æquitate deſcendens *l. 2. §. 2. ff. h. l. 19. §. 1. ff. h.* HAHN. *ad* WES. *h. n. 2. item* DON. *loc. cit. l. C. D. & ad reſtitutionem tendens.*

L. 43. ff. t. 27. De Arboribus cædendis.

XV. (5) INTERDICTUM *de Arboribus cædendis* duo capita complectitur, quorum *prius* ad ſuccidendas, *poſterius* ad coercendas quindecim pedes a terra arbores, tendit *l. 1. §. 9. ff. h.* Ex capite primo datur interdictum prohibitorium. *l. 1. §. 1. ff. h.* quod competit vicino adverſus eum, cujus arbor vel vitis. *l. 1. pr. & §. 3. ff. h.* in ædes vicini impendet, ad hoc, ut vicinus eam adimat, niſi adimat, vicino, cui arbor officit, eam a ſtirpe ſuccidenti, lignaque tollenti, vim nullam faciat, *l. 1. pr. & §. 2. ff. h.* Huic interdicto etiam Jure Saxonico eſſe locum tradit PHILIPP. *Uſu Pract. Inſt. l. 2. Ecl. 13. n. 2.* Ex capite ſecundo fluit interdictum prohibitorium, quo utitur vicinus, in cujus agrum vicini arbor impendet, adverſus vicinum, ad hoc, ut eam quindecim pedes altius a terra coerceat, aut vicino ita coercenti, lignaque tollenti, vim nullam faciat. *l. 1. §. 7. & 8. ff. h.* Jure Saxonico ramos in vicini fundum propendentes, vicino impune ſuccidere licet. *v.* LAND-RECHT *l. 2. art. 52. &* WEICHBILD. *art. 126.* CARPZOV. *P. 3. C. 3. d. 25. in fin.*

L. 43. ff. t. 28. De Glande legenda.

XVI. (6) INTERDICTUM *de Glande legenda eſt* remedium prohibitorium adipiſcendæ poſſeſſionis, quo experitur vicinus, cujus fructus e proprio fundo in vicini fundum ceciderunt, ad hoc, ut colligere eos non prohibeat. *l. un. ff. h.* Jure Saxonico hi fructus vicino acquiruntur. *v.* GLOSS. *in* LAND-R. *l. 2. art. 52. verb. die Zweige* WISS. *ad ff. h. t. n. 3.* CARPZOV. *c. l.* alias etiam hodie propter ramos in alterius fundum vel hortum propendentes, ſæpe fructus inter vicinos dividi, teſtatur HAHN. *ad* WES. *h. t.*

L. 43. ff. t. 32. De migrando.

XVII. (7) INTERDICTUM *de migrando eſt* remedium prohibitorium perpetuum *l. 1. pr. & §. f. ff. h.* quod datur inquilino, ejusque heredibus *d. l. 1. §. f.* ſoluta conductionis mercede, adverſus locatorem, qui res ſive proprias ſive alienas, *l. 2. ff. h.* exportare prohibet, ejusque heredes. *d. §. f.* ad hoc, ut prohibere deſinat, *l. 1. ff. h.* utiliter hoc interdictum ei, qui gratuitam habitationem habet, conceditur, *l. 1. §. 3. ff. h.* Poſteaquam extra ordinem ſubventum eſt inquilino, infrequens eſſe cœpit interdictum. *l. 1. §. 2. ff. h.* HILL. *ad* DONELL. *l. 15. c. 37. l. h.*

L. 43. ff. t. 29. De libero homine exhibendo.

XVIII. HACTENUS Interdicta realia, tam publica, quam privata conſideravimus, unde jam ordine ad perſonalia ducimur. Ob favorem libertatis edidit Prætor *Interdictum de libero homine exhibendo,* quod *eſt* exhibitorium perpetuum *l. 3. §. f. ff. h.* & competit omnibus. *l. 3. §. 9. ff. h.* adverſus eum, qui hominem liberum invitum,

dolo malo, retinet. *l.* 1. *l.* 3. §. 5. *ff. h.* ad hoc, ut in continenti eum exhibeat *l.* 4. §. 2. *ff. h.* vel litis æstimationem præstet, *l.* 3. §. 13. *ff. h. v.* ECK. *Com. ff. h. t. plur.*

XIX. Ob potestatis vinculum proposuit prætor *Interdictum de liberis exhibendis*, quod *est* præparatorium *l.* 3. §. 1. *ff. h.* exhibitorium, & conceditur illi, qui liberos in potestate habet. *l.* 1. *ff. h.* adversus eum, qui eosdem invitos dolo malo detinet. *d. l.* 1. *l.* 5. *ff. h.* ad hoc, ut illos exhibeat. *d. l.* 1. Exceptionem *v. in l.* 1. §. 3. *&* 5. *ff. h.* Utiliter hoc interdictum marito de exhibenda uxore competit. *l.* 2. *ff. h.* idem ad Abbatem & Monachum, Dominum & adscriptitium applicandum *v.* MEIER. *C. I. A h. t. th. ult.* Item *Interdictum de liberis ducendis*, quod *est* restitutorium *l.* 3. §. 1. *ff. h.* & datur ei, qui liberos in potestate habet, adversus eum, qui eosdem invitos dolo malo retinet, ad hoc, ut eos duci permittat. *l.* 3. *pr. ff. h. item* ECK. *Compen. Dig h. t.*

# LIBER III

## TITULUS I. DE CONDICTIONE EX LEGE.

L. 13. ff. t. 2. De Condictione ex Lege.

PERTRACTATO jure in re, ad jus ad rem, seu obligationem accedendum est, quæ constituitur etiam per pactum, seu nudum, seu non nudum, *v. Jurispr. l.* 3. *t.* 2. Non nudum vel legitimum, vel vestitum est. Legitimum, vi legis confirmantis, actionem producit, quæ est condictio ex Lege, cum Lex civilis est, nec alia actio in Lege expressa.

I. EST *autem condictio ex lege* actio personalis, quæ competit ex obligatione civili, (non Prætoria. *l.* 11. *ff. de Præsc. verb.*) introducta per legem novam (i. e. post leges XII. Tabularum latam *v. l.* 7. *ff. de Capit. min.*) non caventem, quo genere actionis sit experiundum *l. un. ff. h.* PAC. *in Isag. h. n.* 2. Cui, adversus quem, & ad quid hæc condictio detur, ex ipsis legibus novis colligendum est. *Hodie* locum habet, si moribus, aut constitutionibus Principum Imperii generalibus, vel specialibus, ut statutis, obligatio nova inducta est. *v.* HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 5. BACH. *v.* 1. *Disf.* 23. *th.* 1. *l. C. verb. Quod.* Exempla v. in *l.* 35. §. 5. *C. de donat. l.* 22. §. 6. *C. de Jure del. v.* WISS. *ad π. P.* 1. *d.* 26. *th.* 6.

L. 13. ff. t. 5. De constituta pecunia.

II. PRAETORIO edicto confirmatur *pactum constituti*, quod *est* pactum Legitimum, quo quis paciscenti, citra stipulationem, promittit, se proprium, vel alienum debitum esse soluturum, salva priori obligatione *l.* 5. §. 2. *ff. h.* §. 9. *I. de Act. l.* 28. *ff. h. l.* 1. *ff. h. item* HAHN. *ad* WES. *h. num.* 9. *&* FRANZ. *C. ff. h. t. n* 5. *seqq.* unde beneficio ordinis locus est *v. N.* 4. *c.* 1. BACH *V.* 2. *D.* 28. *th* 5. *l. C.* CARPZOV. *P.* 2. *C.* 18. *d.* 2. Constituere possunt, qui se, convenienti casu, etiam pro alio obligare queunt. *l.* 1. §. 2. *seqq. ff. h.* non mulieres pro maritis, nisi jurato Jure Saxonico CARPZOV. *P.* 2. *C.* 16. *d.* 2. præsentes & absentes, *l.* 14. §. 13. *ff. h.* pro debitore præsen-

te, absente, aut invito, *l.* 27. *ff. h.* sed non impersonaliter. *Aut. si quando C. h.* Conf. WISS. *ad π. P.* 1. *d.* 27. *th.* 4. Constitui potest debitum ex obligatione civili mixta, naturali plena *l.* 1. §. 7. *ff. h.* prætoria *d. §.* 9. non mere civili. *l.* 3. §. 1. *ff. h.* FRANZ. *t. l. n.* 15. *seqq.* Constituitur illi, qui obligationem sibi, vel alteri acquirere potest. *l.* 5. §. 6. *seqq. ff. h.* Ex pacto constituti nascitur *Actio de constituta pecunia*, quæ est prætoria, personalis, rei persecutoria, perpetua. *l.* 19. *ff. h. l.* 2. *C. h.* Creditori adversus eum, qui proprium vel alienum debitum constituit, ad debiti solutionem competens. *v. Comp.* LAUTERB. *h. t.*

L. 45. ff t. 3. De stipulat. servorum.

III. AD confirmanda pacta nuda adhibentur stipulationes. *l.* 45. *ff. de Pact.* per quas stipulator sibi, non alii, acquirit. *v.* §. 4. *J. de Inut. stip. l.* 38. §. 17. *ff. de V. O.* Excipitur *servus*, qui ex persona domini *jus stipulandi habet. pr. J. h.* & jacenti quoque hereditati stipulari potest *d. pr.* non tamen nominatim heredi futuro. *l.* 16. *ff. h. v. Magnif.* AUT. *S. J. C. Ex.* 47. *th.* 34.

L. 46 ff t. 6. Rem pupilli vel Adolescentis salvam fore.

IV. PUPILLO etiam *stipulari potest Tutor, rem pupilli salvam fore.* §. 19. *J. de Inutil. Stip.* quia hanc stipulationem pupillo prospici, ipsius Tutoris interest. *Est* vero *stipulatio rem pupilli salvam fore*, qua Tutores vel curatores, administrationem rerum pupillarum, aut minorennium suscipientes, datis fidejussoribus, cavent de indemnitate minoris, aut pupilli *v.* §. 1. *I. de Satisdat. Tut* unde nascitur *actio ex stipulatu*, adversus Tutores, vel Curatores, eorumque fidejussores, ad præstandam indemnitatem, finita tutela aut cura, competens, *l.* 4. §. 2. *ff. h. item l.* 2. *C. de Administr. tut.* Olim stipulari poterat pupillus secundum *l.* 6. *ff. h. Hodie* stipulantur Magistratus, referente BRUN. *in Repet. Parat.* WES. *h. t. q.* 2.

L. 46. ff. t. 5. De stipulationibus Prætoriis.

V. DIVIDUNTUR *stipulationes* in Judiciales, Prætorias, conventionales & communes *v.* §. 1. 2. 3. *&* 4. *I. de divis. stipulat Prætoriæ sunt*, quæ jussu Prætoris interponuntur, etiam ædilitiæ §. 2. *I. d. t.* eæque vel propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, & dicuntur judiciales, vel fiunt judicio sistendi causa, & nominantur communes. *l.* 1. §. 1. 2. *&* 3. *ff. h.* Cum Prætor satisdationem desiderat, quod plerumque, ubi incerta est quantitas, contingit, personæ intervenientium requiruntur. *l.* 7. *ff. h.* cum cautionem postulat, vel pignora *v. l.* 1. §. 9. *ff. de Collat.* vel nudæ repromissiones sufficiunt *l.* 1. §. 6 *ff. h.* WISS. *P.* 2. *d.* 28. *th.* 25.

## TITULUS II. DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA. L. 18. ff. t. 4.

I. A PACTIS ad Contractus, etiam consensuales transitur, ubi prætereundum non est circa emtionem venditionem, quod *vendi etiam hereditas possit, eo cum effectu, respectu emtoris*; ut (1) ad emtorem neque amplius, neque minus juris transeat, quam apud heredem futurum esset. *l.* 2. *ff. h.* ut (2) perfecta emtione ad

emtorem lucrum & damnum omne respiciat. *l.* 2. §. 9. *ff. h.* præter jus accrescendi, quod emtor non habet. *v. l.* 2. §. 1. *ff. h. item l.* 88. *ff. de hered. Inst.* VINN. *S. Q. l.* 1. *c.* 55. & id quod heres ex substitutione pupillari nanciscitur *l.* 2. §. 2. *ff. h.* (3) ut emtor vicem heredis obtineat & præstet, quicquid venditori, nomine hereditatis, abest. *l.* 2. §. 11. *ff. h.* (4) ut emtor ex sua persona habeat utiles, ex heredis persona, directas actiones hereditarias. *l.* 5. *l. f. C. h*

II. VENDITAE *hereditatis Effectus, respectu venditoris, sunt*, quod (1) Venditor quidem totius hereditatis, at non rerum singularum evictionem præstare tenetur. *l.* 2. *ff. h. l.* 1. *C de Evictiion.* (2) quod ab emtore repetere potest, quicquid hereditatis nomine Creditoribus, vel legatariis &c. præstitit. *l.* 2. *C. de leg.* ab his enim venditor adhuc recte convenitur. *d. l.* nisi fiscus venditor sit. *l.* 1. *C. h.* FRANZ *Comm. ff. h. t. n.* 14 *v.* plur. *Comp. Jur.* LAUTERB. *h. t. de actione vendita, & l.* 3. *T.* 20. *a.* 18.

*L.* 18. *ff. t.* 7. *De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra.*

III. SERVI *etiam* Jure Civili *vendebantur pactis adjectis*, e quibus probabantur æqua: ut de servo exportando *l.* 1. *ff. h.* manumittendo *l.* 3. *ff. h.* non iniqua: ut de serva prostituenda. *v. l.* 6. *&* 7. *ff. h.* Pariter *ad Pacta injusta refert* HAHN. *ad* WES. *h. t.* si quis emat pretio nunc recepto Centum oves indeterminate tradendas, ubi plus valebunt: si quis in Autumno, pretio usitato emat Centum oves servandas usque ad mensem Januarium, ita ut fructus ad emtorem perveniant, periculum ad venditorem pertineat &c. Item pacta emtorum vel venditorum inter se, ad Monopolium tendentia, sub pœna gravissima improbantur *v. l. un. C. de Monopol.* nisi Principis auctoritate Monopolia ex justa causa exerceantur. *v.* CARPZOV., *P.* 1. *dec.* 4. HAHN. *c. l. item Jus Sax. der Torg. Ausschr. de Anno* 1583, *T. von schädlichen Verkauffen insgemein, & Spec. von Verkauffe des Geträydes, der Wolle.*

## DE PROXENETICIS. L. 50. ff. t. 14.

IV. AD mercedem locationis conductionis quam proxime accedit *proxeneticum*, sive honorarium, quod negotiorum licitorum conciliatoribus, pro ministerio, quali quali accommodato solvitur *v. l* 2. *l.* 3. *ff. h.* Hi conciliatores seu *Proxenetæ* vulgo appellantur *die Mäckler, Unterhändler*, & sunt hodie vel publici vel privati. *Publici*, qui publica autoritate constituti, & ad hoc officium juramento devincti sunt. *v.* STRAUCH. *de Proxenet. Privati*, qui privata auctoritate hoc officio funguntur. e. g. in nuptiis *l. f. ff de sponsal. vide* tamen *l. f. C. eod.* Præstant Proxenetæ dolum & culpam latam. *v. l.* 2. *ff. h.* & peti potest ab ipsis proxeneticum extra ordinem. *l. f. ff. h.* Sunt autem proxenetæ in causa, in qua mediatores exstitere, testes demum habiles, atque ad testimonium compelli possunt utriusque partis consensu. *N.* 90. *c.* 8. *v.* WIS. *P.* 2. *D.* 42. *th.* 20 ECK. *Com. ff. h. t.* §. 2. GAIL. *l.* 1. *Obs.* 100. *n.* 19.

## DE NAUTICO FOENORE. L. 22. ff. t. 2.

V. USURIS, quæ ex plurimis contractibus præstanda sunt, affine est *Nauticum fœnus*, quod solvitur pro pecunia mutua, quæ periculo creditoris

trans mare vehitur, etiam citra ſtipulationem pacto promiſſum *l.* 1. *l.* 5. §. 1. *l.* 7. *ff. h.* propter periculi magnitudinem uſuras, etiam centeſimas, in pecunia trajectitia ſtipulari permiſſum eſt. *l.* 26. §. 1. *C. de Uſur.* & incipit creditoris periculum ex ea die, ex qua navem navigare convenit, & deſinit, quando navis ſalva, intra ſtatuta tempora, ad locum deſtinatum pervenit. *l.* 6. *ff. h.* Quodſi autem culpa debitoris in navigatione damnum contingat, non præſtet illud Creditor. *l.* 3. *C. h.* *Quaſi nauticum fœnus eſt*, cum mercatori, aut alii, pecunia, periculo Creditoris, ſimili ratione datur, extra navigationem. *v. l* 2. *C. l.* 5 *ff. h.* HAHN. *ad* WESENB. *h. t.*

## TITULUS III. DE ACTIONIBUS E CONVENTIONE EORUM, QUI IN NOSTRA POTESTATE SUNT, ADVERSUS NOS COMPETENTIBUS.

Ex obligatione, quæ perpenſa eſt hactenus, regulariter adverſus contrahentes, non alios, datur actio. *v. l.* 3. *C. Ne uxor. pro mar.* quod exceptionem patitur in perſonis noſtræ poteſtati ſubjectis.

L. 15. ff. t. 2. Quando de peculio actio annalis eſt.

I. ITA actio de peculio illi, qui cum filio, vel ſervo contraxit, adverſus patrem vel dominum, quatenus eſt in peculio, competit §. 36. *I. de Action.* & hæc quidem actio, quamdiu ſervus vel filius in poteſtate eſt, perpetua, poſt mortem autem ejus, vel poſtquam emancipatus, manumiſſus, alienatusve fuerit, annalis eſt *l.* 1. §. 1. *ff. Quando de pecul. actio annalis eſt*. Cum *hodie* ſervitio liberorum hominum utamur, adverſus dominos, non niſi intuitu debitæ mercedis Jure Saxonico agitur, LAND-R. *l.* 2. *art.* 32. SCHULZ. *Syn. Inſt. t. de Action. l. aa.* Item quia filiifamilias conſenſu Patris negotiantes, quoad negotiationem pro emancipatis habentur, exiguus eſt hujus actionis uſus, ſecundum SCHULTZ. *Syn Inſt. t. Quod cum eo, qui in alien. pot. lit. C. ubi Addit.* HAHN: *ad* WESENB. *t. de Pec. num.* 4. GROENEW. *de LL. abrog. ad l.* 1. *ff. h. t.*

L. 14. ff. t. 4. De Tributoria Actione.

II. SIMILITER *actio tributoria* datur illi, qui cum ſervo, vel filiofamilias Domino vel Patre ſciente. *l.* 1. §. 3. *ff. de Tributor. action.* contraxit, ejusque heredibus, adverſus dominum, vel patrem, ejusque heredes, quatenus ad eos pervenit. *l.* 7. §. *f. ff. h.* ad hoc, ut res peculiares, inæqualiter diſtributæ, æqualiter diſtribuantur. *l. f. ff. h.* quam actionem *hodie* non obtinere tradit. HAHN. *ad* WES. *all. l.*

L. 14. ff. t. 5. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

III. HAEC autem notanda eſt inter ſervos & filiosfamilias differentia, quod ſervi, poteſtate dominica ſoluti, plane non poſſunt conveniri, hi autem poſſunt; at ſi nihil e bonis paternis conſecuti ſunt, tantum in id, quod facere poſſunt. *l.* 2. *ff. Quod cum eo qui in alien. pot.* i. e. ita ut non totum, quod habent, extorqueatur, ſed & eorum ratio habeatur, ne egeant. *l.* 19. *ff. de re jud.* *Hodie* emancipatos in ſolidum eſſe conveniendos, cenſet GROENEW. *de LL. abrog. ad L.* 2. *C. h.* & de Gallorum moribus teſtatur. *all.* AUTUM. *Conſ. Gall. ad l.* 5. *ff. h.*

# TITULUS IV. DE CESSIONE BONORUM.

L. 42. ff. t. 3.

TOLLITUR obligatio per solutionem solidi, quam qui facere non potest, ad evitandum carcerem, cessionem bonorum suscipere non prohibetur Lege Julia *l.* 1. *l.* 4. *C. Qui bon. ced.*

I. CESSIO *bonorum est* actus, quo debitor obæratus omnia sua bona Creditoribus concedit, ut ipse, salvâ existimatione, carceris molestiam evitet, interimque Creditoribus quodammodo satisfiat. *l.* 6. *ff. h. l.* 1. *l.* 8. *C. h.* Cessio fit voluntate debitoris quomodocunque declarata. *v. l.* 6 *C. h.* etiam extrajudicialiter.

II. CEDERE *bonis possunt debitores* utriusque sexus, qui alienare possunt, tam filii, quam patresfamilias *l.* 7. *C. h.* etiam universitates & Ecclesiæ. HAHN. *ad Wes. h. t. verb. omni. Prohibentur* autem (1) debitores, qui fraudulenter bona, sub spe cessionis, dissiparunt. *v. l.* 48. *ff. de Jur. dot.* STRAUCH *diss. Inst.* 28. *th.* 13. (2) Fisci, aut ex delicto debitores *v. l.* 2. *C. de exact. tribut. v. l.* 37. *ff. de minor.* quod ad publicanos applicat WISS. *ad* π. *P.* 2. *D.* 21. *th.* 21. *Cedi potest creditori* etiam invito. *v. l.* 55. *de O & A.*

III. CEDI *debent bona* debitoris *omnia*, ne quidem, secundum rigorem juris, veste, lecto aut alimentis quotidianis exemtis, licet ea nonnunquam ex æquitate, & commiseratione, debitori relinquantur *v. l.* 6. *ff. h* MEV. *in Theatr. concurs. Cred c.* 1. *th.* 35. neque excluso peculio profectitio. *v. l.* 7. *C. h.* HAHN. *ad Wes. h. t. verb. Quam.* aut fructu præbendarum, vel commodo braxationum, uti responsum esse docet *idem c. l. n.* 4. *Non* vero *ceduntur* bona feudalia, emphyteutica, aut fideicommissaria, nisi quatenus debitor ex iis jus percipiendi fructus habet. *v. l.* 69. §. 1. *ff. de leg.* 2. PEREZ. *ad Cod. h. t. n.* 19.

IV. CESSIO *bonorum hac ratione fit*, quod creditores, liquidi sui crediti solutionem urgentes, convocantur, iisque convocatis, inventarium omnium bonorum cum libro rationum, vel etiam jurata specificatio editur, & tum plerumque Curator bonorum constituitur. *Magnif.* AUCT. S. *J. C. Ex.* 44. *th.* 29. LAUTERB. *Comp. Jur. h. t.* Conf. *Jurispr. l.* 1. *t.* 28. *a.* 20.

V. PER *hanc cessionem bonorum debitor* metu carceris *liberatur*. *l.* 1. *C. h.* & Exceptione cessionis a Creditoribus conventus, se defendere potest, donec ad pinguiorem sortem pervenerit: item locupletior factus beneficium competentiæ habet. §. *f. I. de Act. l.* 3. *C. de reb. aut. jud. poss. j. c.* 3. *X. de Solut.* Creditores vero jus petendi distributionem bonorum nanciscuntur. *v. l.* 4. *C. de reb. Auct. jud. poss. vide pluribus* STRAUCH. *Ex. Inst.* 28. *th.* 16. *&* 17.

VI. JURE *Saxonico Communi* debitor, non existens solvendo, ad manus creditoris tradi solet, ut eum vinculis inclusum teneat, donec operis, vel alia ratione, debitum dissolvat. LAND-RECHT. *l.* 3. *a.* 39. CARPZOV. *P.* 2. *C.* 22. *d.* 1. *Jure Saxonico Electorali* in carcerem publicum conjici potest, etiam advena. *idem d.* 2. BERL. *P.* 2. *Concl.* 28. *n.* 14. 15. *&* 16. nisi sit mulier. CARPZOV. *d.* 19. nec cessioni bonorum, nisi Creditoribus consentientibus, locus est. CARPZOV. *d. C. d.* 11. 12. 13. unde hoc Jus contra Saxones retorqueri solere, monet GROENEW. *de LL. abrog. ad l.* 4. *C. h.*

## DE SEPARATIONIBUS. L.42. ff. t.6.

QUANDO bonorum cessio fit, Creditores concurrunt, vel solius debitoris, vel debitoris forte defuncti & heredis. Quo posteriori casu defuncti Creditores gaudent Jure separationis.

VII. JUS *separationis est* beneficium prætoris *l.1. ff. h.* quo creditores defuncti petentes, causa cognita, a propriis Creditoribus heredis separantur, ut ipsis e Patrimonio defuncti, præ creditoribus heredis, satisfiat. *v. l.1. §.1. ff. h. Impetrant* hanc *separationem* non tantum *Creditores*, quibus pure, sed etiam, quibus ex die, vel sub conditione debetur. *l 4. ff. h.* etiam hypothecarii, secundum Jus Civile *v. l.2 C. de reb. auct. jud. l.1. §.1. ff. h.* non Saxonicum. *O. P. S. t.42. §. gleiche Meynung. v.* CARPZOV. *P.1. c.28. d.22.* Ita recte distinguit LAUTERB. *V.2. D.16. c.3. §.8.*

VIII. SEPARATIO *impetratur adversus* defuncti *heredem*, qui non est solvendo. *l.1. §.1. ff. h. & cessat* (1) quinquennio post aditionem hereditatis elapso. *l.1. §.13. ff. h.* quod Jure Saxonico observatur, *v.* CARPZ. *l.4. t.2. Resp 18. & præjud.* RICHT. *de J. & priv. Credit. c.1. memb. post num.147.* hoc tamen non admittit in Creditoribus hypothecariis *idem* RICHT. *c. l. n 176. ubi præjud.* (2) Quando bona hereditaria bonis heredis ita mixta sunt, ut impossibilis sit separatio. *l.1. §.12. ff. h. j.* STRUV. *ad Ant. Matth. de success. t.16. th.29.* (3) cum bona hereditaria bona fide sunt alienata *l.4. ff. h.* (4) Si Creditores, novandi animo ab herede stipulati sunt *l 1. §.10. ff. h. v.* RICHT. *c. l. n.129. ubi præjud.* Hoc separationis beneficio, confecto inventario, opus non est. *v. l 22. § 49. C. de Jur. del.* ECK. *C. ff. h. t.*

## TITULUS V. DE REBUS AUCTORITATE JUDICIS POSSIDENDIS VEL VENDENDIS. L.42. ff. t.5.

I. CREDITORES concurrentes debitoris bona, postquam possessionem eorum nacti sunt, solenniter vendunt *l.9. C. h. l.2. de fid. & jur hast. fisc.* ut cuivis creditori, secundum prioritatem, quam habet, fieri queat solutio. Commode igitur hoc titulo (1) concurrentium Creditorum Processus. (2) Jus Prælationis exponetur.

II. DESCRIBI autem *potest Concursus Creditorum*, quod sit universale judicium, inter Creditores, & eorum debitorem communem, coram hujus Judice competente, institutum. Nascitur Concursus vel Debitore Creditores convocante, bonisque cedente, vel Creditoribus sponte concurrentibus, concursumque formari petentibus. Inde Citatio ad Creditores ut creditum probent, prioritatemque ostendant, ad debitorem, ut respondeat, & instrumenta producta vel recognoscat, vel diffiteatur, emitti, & singulis legitime insinuari solet. Hinc debitor, bonis nondum cessis, ipse, si bonis cessit, absens est, aut hereditatem jacentem reliquit, bonis absentive datus Curator citatur. Si debitor non comparet, sub pœna recogniti, liquidi & confessi denuo citatur. Creditores nominatim noti, prima vice simpliciter, contumaces, secunda vice sub pœna præclusionis, ignoti autem edictaliter sub eadem pœna vocantur. Quodsi in contumacia tum perseverat debitor, documenta pro recognitis, debitumque pro liquido pronunciatur. Si creditor in contumacia perseverat, præcluditur. Comparens autem debitor,

debitor, adversus postulata Creditorum suas exceptiones proponit, documenta vel recognoscit, vel diffitetur, (ad defensionem conscientiæ per probationes non admittitur) nisi testes Creditor de manu debitoris attestantes producere, quam diffessionem admittere malit. Creditores vero suum creditum probant, illiusque prioritatem deducunt, quo facto, sententia designationis fertur, quæ nonnunquam conditionalis est. In ea ferenda officium Judicis præcipue in eo consistit, ut singulorum Creditorum jura accurate perpendat, ne Leuterationibus & Appellationibus litem protelari necesse sit. v. RICHT. *de J. & P. C.* CARPZOV. *P.*1. *C.*28. *d.*1. *n.*12. & exacte hæc tradens LEYSER. *Diss. de Concurs. & Graduat. Cred. cap.* 1.

III. ALTERUM hujus tituli membrum est *de Jure Prælationis inter Creditores*, quod habent ordine priores; Commodissime autem ordo Creditorum, quinque classibus constitutis, cognoscitur, quarum I. contineat Creditores, qui cæteris omnibus creditoribus, quocumque etiam privilegio munitis, præferuntur. II. Creditores præter hypothecas, privilegium prælationis habentes. III. Creditores, qui jus reale ex hypotheca, arresto, vel immissione adepti sunt. IV. Creditores personali tantum privilegio instructos. V. Chirographarios simplices. De singulis præcipue Juris Saxonici ductu agemus. *v. O. P. S. t.*41. CARPZOV. *P.*1. *C.*28. *d.*11. BERL. *P.*1. *Concl.* 63. & *Dd. all. n.*3.

IV. IN *prima Classe* vocantur (1) *Res suas extantes jure dominii repetentes O. P. S. t.*42. *pr. j. N.*91. *c.*1. *ut domini res depositas. l.*17. § 1. *ff. depos.* CARPZOV. *d.*15. furtivas *§. f. I. de obl. quæ ex del.* Viduæ vel uxores, eorumve liberi, bona dotalia, paraphernalia &c. filii bona castrensia & quasi castrensia, nec non adventitia regularia. CARPZOV. *d. C. d.*13. & 14. Venditores vendita, dominio nondum translato, vel dolo emptoris patefacto, *l.*19. *ff. de contrah. emt. l.*5. §.8. *ff. de Trib. act.* GAIL. *l.*2. *Obs.*15. CARPZOV. *d.*17. 19. & 21. Commodatores commodata, precario concedentes precario concessa, locatores locata, (quod etiam ad oves vaccasve ferreas pertinet. RICHT. *de J. & Priv. Cred. c.*2. *m.*1. *n.*23. *seqq.*) revocantes: *v* BERL. *P.*1. *Concl.* 64. *a num.* 4. *ad* 59. RICHT. *c. l. d. c.*1. *ad. n* 55. (2) *Venditores, qui* ante traditionem, vel in ipsa traditione *hypothecam sibi*, licet extrajudicialiter, *reservarunt*, *O. P. S. t.*42. §. *da auch einer* CARPZOV. *d. C. d* 20. (3) *Creditores, qui in revendita, antequam debitor eam emeret, hypothecam acceperunt. l.*12. *C. de Distr. pign. O. P. S. t.*24. §. *Gleiche Meynung.* CARPZOV. *d. C. d.*12. *j.* DEC. NOV. ELECT. 63. quomodo etiam adversus fiscum esse pronunciatum, docet *Magnif* AUCT. *S. J. C. Ex.* 44. *th.*46. *n.*3. (4) *Sumtus, pendente concursu, in utilitatem omnium Creditorum erogati*, ut inventarii confecti, taxationis, & distributionis bonorum, *Inventir-Taxirungs- und Subhastations Kosten, &c. v. l.* 8. *ff. depos. l.*22. § 9 *C. de Jur. del.* nec non salarium Curatoris bonorum HAHN. *ad Wes. h. t. n.*4. §.1. CARPZOV. *d. C. d.*36. RICHT. *d. c.*2. *m.*2. *n* 6. & 8. deinde mercedes famulorum, *das Lied Lohn*, dummodo his certa merces sit promissa, iidemque tempore mortis in servitio & convictu debitoris reperiantur, *d. t.*42. *O. P. S.* §. *nechst diesen* CARPZOV. *d. C. d* 25. quod ad pædagogum extendendum. *d.*26. sed cessat, usuris hujus pecuniæ, tanquam creditæ, a famulo acceptis. *v. l.*7. § 2. *ff. depos. d.*43. Hoc privilegium mercedis famulorum Juri Civili ignotum est. HART. PIST. *P.*1. *q.*8. *n.*2. (5) *Impensa funeris. l.*14. §.1. *l.*43. *ff. de relig. & sumt.* debitoris, non uxoris & liberorum. *d.*

Dddd

*t. O. P. S.* §. *Ferner.* quamvis contrarium Jure Civili defendi possit. *v l.17. ff. de reb. auct. jud. poss.* CARPZOV. *d.*40. *v.* RICHT. *d. c.2. m.4. num.12. seqq.* Conf. *Add. l.2. t.1. a.7. & 8.* (6) *Salaria Medicorum, Chirurgorum, pharmacopolarum* in morbum ultimum defuncti impensa, dummodo fuerint probata. CARPZ. *d. C. d.*43.45. *&* 46. HAHN. *ad Wes. h. num.*4. alia probatione deficiente, per conjecturas verisimiles, iisque cessantibus, per juramentum. BERL. *d. Concl.64. n.92. & 93.* quod an Juri Civili conveniat *v. Add. cit. T.1. a.8.* (7) *Collecta & exactiones publica. Schoss-Steuer. l.1. C. si propt. publ. pensit. l.4. C. ex quib. caus. pign.* sive principi, sive magistratui inferiori præstentur. CARPZOV. *d. C. d* 47. sive collectæ sint ordinariæ, sive extraordinariæ, veluti *Opffer-Korn-Wächter-Soldaten-Frohn-Hufen-Geld, Defension-Steuer, Contribution-Discretion-Cortesy-Præsent-Geld &c.* HAHN. *ad Wes. h. n.4. §.4.* CARPZOV. *d. C. d.49.* STRAUCH. *Diss. Inst.15. th.19.* PHIL. *ad T.42. O. P. S. Confid.4: Diss.* RICHT. *de J. & priv. Cred. c.2. m.5. num.31.* adeo quidem, ut idem jus extendant ad sumtus, quos subditi ex consuetudine in executionibus criminalibus solvunt: *Das Hencker oder Herd-Geld.* BERL. *P.1. Concl.64. num.109.* HEIG. *P.2. q.23. n.15. seqq.* CARPZOV. *dict. def.49.* imo civitatibus, tributa pro subditis erogantibus, idem privilegium ad quadriennium concessum est *in Land-und Tranck-Steuer. Erört. der Land Geb. de An.* 1609. §.17. Privilegium, tributis concessum, etiam ad canonem Emphyteuticum, Decimas, Reditusque annuos, tam redimibiles, quam non redimibiles pertinet. Conf. *l.15. ff. Qui pot. in pign.* O. P. *S. t.42. §. Ferner.* CARPZOV. *d. C.54. 55.* (8) *Pecunia hereditaria, est* autem pecunia hereditaria, quam heres coheredi e bonis immobilibus hereditatis, titulo familiæ herciscundæ, singulis annis, aliisve solutioni præfinitis intervallis, solvere debet. CARPZ. *P.3. Const. El.21. d.8.* RICHT. *de J. & P. Cred. c.2. m.7. n.2. j. d. Tit. O. P. S. §. Es wird.* Hoc privilegium etiam ad emtorem pecuniæ hereditariæ transit. CARPZ. *d.17.* sed ad bona, pro quibus ea solvenda est, restringitur a CARPZOV. *Dec.268.* & interit, acceptis ex hac pecunia usuris, adhibita in exigendo mora *Nova dec. El.7.* ipsisque præditis hereditariis in tertium translatis. CARPZOV. *d. Const. d.59. & 61.* BERL. *d. Concl. n.119.* Pecunia hereditaria hoc sensu Juri Civili incognita est, si lubet *vid.* DISS. MEAM *inaug. de pecun. hered. c.1. th.3.*

V. SECUNDA Classis Creditores sistit, præter hypothecas jus prælationis habentes, vel ob speciale privilegium, vel hypothecæ constitutæ modum. Ob Privilegium præferuntur (1) *qui crediderunt ad militiam,* sibique specialiter de hypotheca prospexerunt *N.97. c.4.* quod ad eos, qui crediderunt ad Equestres ordines, Magisterii, Licentiaturæ, & Doctoratus insignia adipiscenda, applicari posse, credit HAHN. *ad Wes. h. Diss.* LAUTERB. *Com. Iur. h. t. lit. c.* (2) *Mulieres in repetenda dote, non amplius extante. l.12. C. Qui pot. in pign* ejusque augmento. *N.97. c.2.* CARPZOV. *P.1. C.28 d 68.* Præferuntur autem Jure Civili etiam creditoribus, expressam hypothecam anteriorem habentibus *dd. LL.* LAUTERB. *v.3. D.6. th.22.* BERL. *P.1. Concl.65. num. 6.* BACH. *v.2. D.24. th.7. l. b. verb. Prefferturque. Jure Saxonico* tacita anteriore hypotheca, non expressa, munitis *O. P. S. t.43. pr.* CARPZOV. *d. l.* Hoc privilegium nec ad Paraphernalia, intuitu quorum nudum hypothecæ jus uxori datum est. *l. f. C. de Pact. conv. T.43. O. P. S. §. Was aber.* CARPZOV. *d. C. d 86.* nec ad donationem propter nuptias extendendum, cujus nomine & Jure Civili *v.* BACH. *de Pign. l.1. c.10.*

*n* 4. Non obstante *N*.91. *c*.3. & Saxonico *d. t. O. P. S.* §. *So sollen wir.* nequidem jus hypothecæ uxori competit. CARPZOV. *d. C. d*.91. Incipit hoc privilegium dotale Jure Civili a tempore promissæ dotis, cotractique matrimonii. *v. l.* 1. *ff. qui pot. in pign.* BACH. *ad Treutl. cit. lit. b. verb. Mulier.* Jure Saxonico a tempore copulationis sacerdotalis, per *P*.2. *Const. El*.24. *ubi* CARPZOV. *d. l.* Transit hoc privilegium ad liberos. *l*.12. § 1. *C. Qui pot. in pign. N*.91. *c*.1. non ad hæredes extraneos *l. un. C. de Priv. dot.* CARPZOV. *d. C. d*.95. *&* 96. BERL. *d. Concl*.95. *n*.93. BACH. *de pign. l*.4. *c*.13. *n*.2. & locum habet, etiamsi mulier obærato nupserit, aut statuto sit dispositum, ut nomina pupillorum omne debitum præcederent, secundum NOV. DEC. EL. 5. *&* 6. *v.* STRAUCH. *Diss. Inst*.15. *th*.19. *j.* RICHT. *de J. & P. C. c*.7. *sect*.1. (3) *Qui in refectionem ædificii credidere*, dummodo specialiter ad refectionem sit data pecunia, ædificium inde sit refectum, & adhuc existet *v. N*.97. *c*.3. *l*.6. *ff. qui pot. in pign. l*.1. *ff. Quib. in caus. pign tac. v.* GAIL. *l*.2. *Obs*.12. *n*.4. *& O. P. S. t*.43. §. *Wenn auch einer.* CARPZOV. *d. C. d*.105. RICHT. *d. Tr. c*.3. *sect*.3. *num*.1. *seq.* item statuendum est de eo, cujus pecunia ædificium, aut prædium est emtum, quoties specialiter sibi hypothecam pactus est *v. l*.7. *C. Qui pot. in Pign. l*.17. *C. de Pignor. d. t. O. P. S.* §. *Also wann.* CARPZOV. *d. C. d*. 107. non idem obtinet in eo, qui tantum ad exsolutionem pretii pecuniam credidit CARPZOV. *d* 108. PHIL. *ad O. P. Conf*.6. RICHT. *c. l. sect*.4. *num*.24. (4) *Pupilli in rebus pupillari pecunia emtis. L*.7. *ff. Qui pot. in pign. l*.3. *ff. de reb. auct. jud. poss.* CARPZOV. *d*.109. NEGUZ. *de Pign. Part*.5. *m*.2. *n*.19. BERL. *d. Concl*.65. *n*.145. RICHT. *d. Sect*.4. *n*.18. (5) *Fiscus in rebus a debitore, post contractum* cum ipso *initum, acquisitis, l*.28. *ff. de Jur. fisc. O. P. S. T*.43. §. *desgleichen*, BERL. *d. Concl. n*.122. CARPZOV. *d*.103. RICHT. *d. Tr. c*.3. *sect*.3. *num*.21. non in pœnalibus. *l*.17. *&* 37. *ff. de Jur. fisc. l. un. C. de pœn. fisc.* nisi a tempore condemnationis, ex quo hypothecam tacitam habet Jure Saxonico *d.* §. *desgleichen.* non civili. LAUTERB. *Com. Jur. b.* Ob hypothecæ, constitutæ modum præfertur Creditor, cui instrumento publico est constituta hypotheca ei, cui hypotheca tantum privata scriptura concessa est, quod in mobilibus Jure Saxonico non obtinet, MOLL. *l*.1. *Semest. c*.3. CARPZOV. *P*.2. *C*.23. *d* 9. *v.* DEC. NOV. EL. 60.

VI. AD *Tertiam classem referuntur Creditores, jus reale habentes*, sive illud per constitutionem hypothecæ expressæ aut tacitæ sive per immissionem judicialem actualem, aut arrestum legitime impetratum, sint adepti. *Vid. O. P. S. t*.44. 45. 46. 47. *&* 48. Hi creditores pro rata admittuntur, si eodem momento jus reale impetrarint, vel quis prior altero fuerit, ignoretur *d. T*.44. §. *da auch. v. Jpr. l*.2. *T*.35. *a*.14. *seqq. j.* CARPZOV. *d. C*.110. add. *d*.149. RICHT. *c. l. c* 4. *sect*. 1. 2. 3. *&* 4. BERL. *P*.1. *concl*.66.

VII. QUARTA *classis continet creditores, personaliter* tantum *privilegiatos.* Quibus accensetur (1) *Deponens, re deposita non amplius existente. l*.7. §.2. *ff. Depos. l*.24. §. 2. *b.* CARPZOV. *P*.1. *C*.28. *d*.150. WES. *ad* π. *P*.2. *d*.22. *th*.9. *j.* LAUTERB. *Comp. Jur. b. n*.4. quod ad depositum Judiciale & necessarium, non est producendum: hoc enim arresta posteriora præcedit, per *O. P. S. T*. 49. *pr. &* CARPZOV. *d. C. d*.151. PHIL. *ad d. t. O. P. S. Conf*.1. (2) *Respublica Creditrix. l*.38. §.1. *ff. b.* (3) *Debita piarum causarum & alimentorum d T*.49. *O. P.* §. *alles* CARPZOV. *d*.152. (4) *Creditores, qui gratis pecuniam dederunt mutuam. d. T.* §. *wenn auch idem d*.153. (5) *Venditores in residuo pretii*, qui de jure pignoris sibi non prospexerunt. *d. T.* §. *Ingleichen. d*.154. (6) *Qui ad*

*rem comparandam vel reparandam crediderunt, pigneris jure non impetrato l.5. & 6.ff. Qui pot. in pign. l.34. l.26. ff. h.* RAUCHB. *P.1. q.5.* RICHT. *de I. & P. Cred. c.3. Sect.4. n.15.* (7) *Advocatorum, Praeceptorum & Procuratorum salaria,* secundum RAUCHB. *d Tr. c.5. n.36. j.* HAHN. *ad Wes. h. t.*

VIII. QUINTAM *classem occupant nudi Chirographarii*, i. e. Creditores, qui vel nuda chirographa, seu cautiones producunt, vel credita sua per testes, aut confessionem debitoris probant. CARPZOV. *d.159.* Reliquum est, ut hoc loco notetur, *quomodo creditores concurrentes, ejusdem classis, sibi invicem praeferantur, cum ex patrimonio debitoris omnibus satisfieri nequit. Creditores Classis primae*, utpote jus praelationis ante omnes habentes, eo ordine, quo hactenus sunt collocati, priores posteriores plane excludunt, CARPZOV. *d. C. d.12.* BERL. *P.1. Concl.64. num.125.* inter creditores *secundae* Classis, seu eos, qui hypothecam cum privilegio praelationis habent, praeferendi sunt tempore priores: nam privilegiatus adversus privilegiatum non utitur suo privilegio. *v. l.8. ff. de Excus. l.12. §.1. C. Qui pot. in pign. N.91. c.1.* CYNUS *in Aut. Quo Jure C. qui pot. in pign.* BERL. *P.1. Concl.65. num.155.* CARPZOV. *d. C.63. O. P. S. T.43. §. wenn sie aber.* ubi cum de prioritate non constat, primo loco uxor, secundo pupillus, tertio Fiscus collocari jubetur, reliquis creditoribus pari jure concurrentibus, §. *wenn man.* CARPZOV. *d. l.* In Tertia Classe Creditores jus tantummodo reale habentes, tempore priores jure sunt potiores *l.2. l.7. C. qui pot. in pign.* de qua Regula *v. Addit. L. 2. t.7. §.1. & 2.* CARPZOV. *D. C. d.110.* Creditores ad *quartam* Classem relati, seu qui nudum jus praelationis habent, pro rata concurrunt, etiamsi privilegia sint imparia, secundum CARPZOV. *d. C. d.149. ubi prajud. Diss.* BERL. *P.1. Concl.70. num.28. item* LAUTERB. *Compend. Jur. h. t. num.4. j.* RICHT. *de J. & P. Cred. c.5. num.9.* Pariter Creditoribus *quintae* Classis, seu nudis chirographariis, pro rata quantitate satisfaciendum est *l.6. C. de reb. auct. Jud. poss.* CARPZOV. *d. C. d.158.*

IX. JURE Civili usurae cum sorte pari jure praelationis gaudent. *v. l.18. ff. qui pot. in pign.* Quandoquidem accessorium naturam sui principalis sequitur. *c.43. de R. J. in 6.* SIM. PIST. *P.2. Cons.7. num.10.* non vero Jure Saxonico *O. P. S. T.50. §. Es ist aber.* Excipiuntur ob favorem Creditoris (1) Ecclesiae similiaque loca pia. DEC. EL.8. (2) Pupilli reliqua ex administratione a Tutore petentes. DEC. NOV. EL.8. Ob conditionem usurarum, vel debiti vero (1) si per modum interesse petantur usurae *v. d.* DEC. 8. (2) si postulentur ut residuum pretii *d. T.50. § dann wann.* (3) in annuis reditibus. (4) in usuris, pro principali a fidejussore solutis. (5) in usuris dotalibus. *d. O. P.* (6) in feudalibus DEC. NOV. EL.10. CARPZOV. *d. C. d.164. seqq. Magnif.* AUCT. *S. I. C. Ex 44. th.58.* Conf. RICHTER. *d. l. & de P. C. c.7. &* PHIL. *ad cit. D. Elect.*

X. AD massam communem Creditorum non tantum pertinet id, quod in bonis debitoris est, sed etiam in iisdem, improbo debitoris facto, esse desiit: nam *in fraudem Creditorum alienata*, animo & eventu alienantis spectato. *§.3. I. Qui & ex quib. caus. actione Pauliana intra* annum utilem *l.6. §.14. ff. Quae in fraud. Cred. revocari possunt.* In hac actione vero alienare dicitur, qui patrimonium diminuit, non qui occasionem acquirendi omittit. *l.6. ff. h.* CARPZOV. *P.3. C.23. d.21. n.7.* Item annus utilis nec ad alienationem, titulo lucrativo factam *l.10. §.24. ff. eod.* neque ad liberationem ab actione pertinet. *d. l. §.23.* eam illo casu perpetuo, hac intra tempus, actio-

ni instituendæ definitum, potestas revocandi competit. CARPZOV. *P.2. C.3. d.20. item Jurispr. L.2. T.35. a.22.*

## TITULUS VI. DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.
L.25. ff. t.2.

A contractibus transferimur ad delicta, eademque vel privata, vel publica. E privatis delictis furtum. *l 3. t.23. a.3. seqq.* vivis coloribus depictum est, de quo nonnihil addendum.

I. FURTUM honestius appellatur *amotio*, quæ *est* fraudulosa rei mobilis a conjuge, divortii causa, conjugi facta ablatio. *l.1. l.2. l.3. ff. de act. rer. am.* Ex amotione nascitur *actio rerum amotarum*, quæ describi potest, quod sit actio personalis *l.1. & 2. ff. h.* rei persecutoria. *l.21. §.5. ff. h.* quæ soluto per divortium matrimonio, datur conjugi, adversus conjugem, qui vel quæ quid divortii causa, constante matrimonio amovit. *l.2. C. l.3. l.25. ff. h.* ad hoc, ut res amotæ restituantur in solidum, *l.21. §.3. ff. h.* Utiliter hæc actio institui potest ob res amotas, separatione conjugum quoad mensam & thorum facta, aut muliere, cum de viri vita desperaret, subreptis quibusdam rebus, divertente *l.21. ff. h.* At cum sine divortii cogitatione, per levitatem & dissipandi animo conjux alterius res contrectavit, actio in factum de damno danda est *l.2. C h. t.* HAHN. *ad Wes.h t. n.1.*

II. HODIE adhuc actio rerum amotarum suum habet usum, qua cum consulatur indemnitati conjugum, facta amotione, locum non habet inquisitio. O.CRIM. *a.* 165. TABOR. *in Racem. Crim. d. art. n.12.* & ad accusationem alterius, Jure Saxonico Electorali per *Con. Nov.6.* pœna extraordinaria carceris, relegationis, aut mulctæ pecuniariæ, non corporis afflictiva, imponitur. CARPZOV. *P. Crim P.2. q.82. num.42. & 43. id. q.77. n.30.* PHIL. *Us. pr. Inst. l.4. t.1. Ecl.7. num.8.*

*L.47. ff. t.4. Si is, qui Testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse, aut corrupisse quid dicetur.*

III. QUAMVIS res hereditatis, jacente hereditate, surripiens, nec furti, nec legis Aquiliæ actione conveniri queat. *l.1.§.1. & 15. ff. h.* TABOR. *Racem. Crim. h. t. n.18. & 32.* ne tamen ex testamento liber esse jussus, surreptionem, aut corruptionem impune faciat, Prætor *actionem in factum* concedit, quæ *est* pœnalis *l.1. pr. & §.2. ff. h. C. I. A. h. t. th.10.* & intra annum utilem. *l.1. ff. h.* datur heredibus *l.1. §.18. ff. h.* adversus servos, qui testamento liberi esse jussi sunt, & ex hereditate quid surripuerunt, aut corripuerunt, ad hoc ut duplum ejus, quod interest, præstetur *l.1. pr. & §.16. ff. h. j.* TAB. *c. l. th.23.*

*L.47. ff. t.5. Furti adversus nautas, caupones stabularios.*

IV. PARI modo *Prætor dat actionem pœnalem l.1. §.2. ff. h.* TAB. *Rac. Crim. h. t. th.25.* quæ competit *illi*, *cui quid in navi, caupona vel stabulo* ab exercentibus, non viatoribus, *l.1. §.5. ff. h. subreptum est. l.1. pr. & §.3 ff. h.* adversus nautam, cauponem, vel stabularium *d. l.1.* ad hoc, ut duplum præstetur. *l.1. §.2. ff. h.* Quam actionem non

receſſiſſe ab uſu, contra communem opinionem Doctorum aſſerit. *conf.* TAB. *num.* 32. *v.* PHIL. *Uſ. Pr. inſt. l.* 4. *Ecl.* 42.

## SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICETUR. L.47. ff. t.6.

V. ITEM *ſi familia* (i. e. plures ſervi ejuſdem domini) *furtum fecit*, *datur actio prætoria* ei, cui furtum factum eſt, adverſus dominum, qui ſervos poſſidet. *l.* 3. §. *f. ff. h.* ad hoc, ut duplum præſtetur præter rem, quæ condictione repetitur. *l.* 2. *ff. h.* TAB. *Rac. Crim. h. t. num.* 45. Arbitrio autem domini, quo ignorante furtum commiſſum, relictum eſt, utrum familiam noxæ dedere, an vero tantum offerre velit, quantum præſtaret unus liber, ſi furtum feciſſet *l.* 1. *ff. h.* Hoc ad damnum a familia datum extenditur. *l.* 32. *ff. ad L. Aquil.* HAHN. *ad* WES. *h. t.*

## ARBORUM FURTIM CAESARUM. L.47. ff. t.7.

VI. COERCETUR etiam *furtiva arborum caſio*, quæ *eſt* delictum privatum, quo quis alienas arbores, ignorante domino, celandique ejus cauſa, cædit. *l.* 7. *l.* 8. *ff. h.* Arborum nomine quid comprehendatur *vid. l.* 3. *pr. & §. ſeq. ff. h.* BERL. *P.* 5. *Concl.* 52. *n.* 22. *Datur* etiam *actio civilis. l.* 1. *ff. h.* mixta pœnalis. *l.* 7. §. 6. & 7. *l.* 8. *ff. h* Domino tam utili *l.* 5. §. 3. *ff. h.* quam directo. *l.* 8. *ff. h.* adverſus eum, qui arbores alienas clam, & invito domino cæcidit. *d. l.* 7. ad hoc, ut damnum duplo reſarciatur, *l.* 7. §. *f. ff. h.* Conſ. TAB. *Rac. Crim. h. t. num.* 33. *ſeqq.* Jure Saxonico ſolo nocendi animo arbores cædenti, pœna 30. ſolidorum, ſeu duarum ſexagenarum antiquarum imponitur LAND- R. *l.* 2. *art.* 28. CONST. EL. 37. *ibique* CARPZOV. *d.* 1. qua pœna arboris æſtimatio, quæ præſtanda eſt, non continetur. BERL. *d. Concl. n.* 14. MATTH. COL. *P.* 1. *dec.* 145. *num.* 4. pro qualitate delicti, & magnitudine damni vero graviori etiam pœnæ locus eſt. CARPZOV. *Pr. Crim. P.* 2. *q.* 83. *n.* 19. Quodſi arbores animo furandi cæſæ ſunt, pœna furti in delinquentem ſtatuitur, non tamen facile ſuſpendii *v. d. C.* 37. *ibique* CARPZOV. *d.* 3. *item* EUND. *Pr. Crim. d. q.* 83. *n.* 24. ubi de furibus herbarum agit. *n.* 27.

### *L.* 47. *ff. t.* 9. *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave, expugnata.*

VII. PRAETEREA, quoniam publice intereſt nihil rapi, aut recipi ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, damnique nihil in his rebus dari. *Prætor propoſuit* ſuo Edicto *l.* 1. *pr. & §.* 1. *actionem*, quæ eſt pœnalis mixta, & datur ei, cui quid abreptum, ablatum, vel damni datum eſt, occaſione incendii, ruinæ &c. *v. l.* 1. §. 33. *ff. h. l.* 4. §. 2. *ff. eod.* adverſus eum, qui quid occaſione incendii, ruinæ, naufragii, ratis, naviſve expugnandæ rapuit, aut damni dedit, ad hoc, ut intra annum quadruplum, poſt annum ſimplum reſtituat. *l.* 1. *ff. h.*

## TITULUS VII. DE SEPULCHRO VIOLATO. L.47. ff. t.12.

POST delicta privata de Extraordinariis criminibus agitur, e quibus reliquum eſt, ut in ſpecie agatur de Sepulcro violato.

I. ADVERSUS violatorem sepulcri Prætor producit *actionem in factum*, quæ est famosa *l.* 1. *ff. h.* competens ei, ad quem res pertinet. *l.* 6. *ff. h.* adversus eum, qui dolo malo sepulcrum violavit *l.* 3. *ff. h.* ad hoc, ut præstet 100. aureos, & si sepulcrum dolo malo inhabitaverit, ducentos *d. l.* 3. quæ pœna actori applicanda est. *v. l.* 3. §. 8. *ff. h. l.* 12. *ff. de V. S.* ANTON. MATTH. *de Crim. l.* 47. *t.* 6. *n.* 6. ubi *num.* 8. addit, hanc actionem usu non esse antiquatam.

II. HAEC obtinent, cum de sepulcro violato civiliter agitur, non quando criminaliter *v.* CUJAC. *in Parat. Cod. h. t.* tum enim distinguendum est, utrum violatio cum armis, an vero sine armis facta sit: illo casu capite plectuntur. *l.* 2. *§.* 7. *ff. h.* etiam Jure Saxonico *P.*4. *C. El.* 34. *ibique* CARPZOV. *d.*2. hoc casu cum corpora sunt extracta, ossave eruta, humiliores summo supplicio afficiuntur, honestiores in insulam deportantur; alias autem arbitrarie puniuntur. *l. f. ff. h.* & quidem corporibus sepultis, & reliquiis tantum contrectatis, pœna decem pondo auri fisco inferenda est. *l.* 4. *C. h.* quam pœnam ab usu nondum recessisse testatur *præjud. apud* CARPZOV. *Pr. Crim. P.* 2. *Q.* 73. *n.* 66. Conf. HAHN. *ad* WESENB. *h. t. n.* 2. *verb. Ei Centum in f.*

## DE CONCUSSIONE. L. 47. ff. t. 13.

III. EXTRAORDINARIIS criminibus annumeratur *Concussio*, quæ nihil *est* aliud, quam terroris injectio ad faciendum, vel non faciendum aliquid. Fieri potest a persona tam publica, quam privata. *v. c.* 5. *caus.* 23. *q.* 1. *Exempl. v. l.* 1. *l.* 2. *ff. h. item* ANTON. MATTH. *de Crim. l.* 47. *t.* 7. *num.* 3. *&* WESENB. *t.* 1, *&* 2. Pœna hujus criminis est arbitraria. *l.* 2. *ff. h.* WISS. *ad* π. *h.*

## DE FURIBUS BALNEARIIS. L. 47. ff. t. 17.

IV. AD Extraordinarii criminis reos referuntur etiam *fures balnearii*, qui in balneis vestimenta lavantium surripiunt, quorum pœna pro circumstantiis varia fuit, *l.* 1. 2. *&* 3. *ff. h.* ANTON. MATTH. *de Crim. l.* 47. *t.* 11. *c.* 1. *Hodie* pari cum aliis furibus afficiuntur pœna secundum *P. H. O. a.* 159. *&* 160. docente HAHN. *ad* WES. *h. t.*

## DE EFFRACTORIBUS ET EXPILATORIBUS. L. 47. ff. t. 18.

V. EFFRACTORES etiam, qui carceres, ædes &c. effringunt. *l.* 1. *pr. &* §. 2. *ff. h.* criminis extraordinarii fiunt rei, iidemque vel sunt diurni, vel nocturni. *l.* 2. *ff. h.* *Carceris effractio* vel fit ab incarcerato, vel ab extraneo. *Si fit ab extraneo* per violentiam, is tanquam violator pacis publicæ, vel gladio puniri, vel eadem, qua afficiendus fuisset carcere per effractionem liberatus, pœna plecti potest. *v.* LAND-R. *l.* 3. *art.* 9. CARPZOV. *P. Crim. P.* 1. *q.* 35. *n.* 25. *idem P.*4. CONST. EL. 13. *d.* 8. *Si fit ab incarcerato*, & is ob crimen capitale incarceratus est, capitalis pœna in effractorem statui potest, alias vero arbitraria *v. l.* 1. *ff. h. l.*4. *C. de Custod. reor.* ORD.

CRIM. *art.* 180. CARPZOV. *Pr. Crim. P.* 3. *q.* 111. *n.* 94. *&* 95. ANTON. MATTH. *de Cr. l.* 47. *t. fin. c.* 4. *n.* 3. Quod si autem criminis capitalis *reus evasit custodum dolo*, iu custodes pœnæ similitudo statuitur secundum *d. art.* 180. *& d. l.* 4. si custodum *culpa*, pœnæ arbitrariæ locus est *d. art. & d. l.* 4. Conf. HAHN. *ad* WES. *b. n.* 1. LAUTERB. *Comp. Jur. h. l. b.*

VI. EXPILATORES *sunt* fures atrociores, qui adeo furantur, ut ne quidem pilum relinquant, *v. l.* 1. §. 1. *ff. h.* Conf. HILL *ad.* DONELL. *l.* 15. *c.* 19. *l b.*

## EXPILATAE HEREDITATIS. L. 47. ff. t. 19.

VII. PARITER *Expilatio hered tatis est* crimen extraordinarium, quo res hereditariæ, nondum ab herede possessæ, fraudulose contrectantur lucri gratia. Ex hoc crimine nascitur accusatio famosa, *l.* 12. *C. Ex. quib. caus. infam.* quæ datur heredibus. *l.* 3. *C. h.* adversus eos, qui hereditatem expilarunt, ad pœnam extraordinariam *l.* 1. *ff. h* Quæ monente CARPZ. *P.* 2. *q.* 83. *n.* 82. inter consanguineos &c. relegationem excedere non solet, inter extraneos ad fustigationem extendi potest. *v. l.* 1. §. 1. *ff. l.* 3. *C. h.* Regulariter hæc accusatio nec adversus uxorem. *l.* 5. *ff. h. l.* 4. *C. h.* nec coheredes locum habet. *v. l.* 51. *ff. pro socio* conf. ANTON. MATTH. *de Crim. l.* 47. *t.* 12. *n.* 3.

## DE FUGITIVIS. L. 11. ff. t. 4.

VIII. CAETERUM non aberrabimus a scopo, si hoc loco non nihil de Fugitivis, Aleatoribus, & Mensoribus, falsum modum renunciantibus adjiciamus. *Fugitivus est*, qui eo animo discedit, ne ad dominum redeat. *l.* 225. *ff. de V.S.* quæ non redeundi intentio in errone deficit *l.* 17. *§.* 1. *&* 14. *ff. de Ædil. Ed.* sed in titulo de fugitivis fugitivi vocabulum etiam erronem complectitur. *l.* 1. *§.* 15. *ff. h.* Fugitivum celantes crimine furti se obstringunt. *l.* 1. *ff. h. v. l.* 3. *C. h.* Sicuti autem in alienis prædiis requirere fugitivos, scrutando cubilia &c. licuit olim, auctoritate Magistratus *v. l.* 1. *§.* 2. *l.* 5. *ff. h.* ita *bodie* fieri potest reorum, rerumque furtivarum, prævia causæ cognitione, indiciisque sufficientibus allegatis, per alienas domos aut possessiones inquisitio, vulgo *die Haussuchung. v.* BOCER. *Dec.* 114.

## DE ALEATORIBUS. L. 11. ff. t. 5.

IX. ALEATORES *dicuntur*, qui ludis fortunæ aut mixtis, lucri intentione, dediti sunt. *v. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. *ff. h. Ludus* describitur ab HAHN. *ad* WES. *b. t.* quod sit actus ad animi oblectationem pertinens, quo luditur in victoriam, ut vincenti cedat, quod ejus causa depositum fuerit. Ludus *est vel artis*, in quo arte, *vel fortunæ*, in quo fortuna, *vel mixtus*, in quo & arte & fortuna victoria paratur. *Ludi artis permissi* sunt, dummodo dolus absit, & lucri causa non instituantur. *d. l.* 2. *l.* 1. *C. h. item l.* 206. *ff. de reg. jur. Ludi mixti & fortunæ sunt prohibiti*, nisi recreationis gratia moderate, citra rei familiaris jacturam, suscipiantur, & omnis prohibitionis

nis ratio cesset. *Pœna lusorum* est *arbitraria* de Jure Saxonico Electorali *v. Policey-Ordnung* JOH. GEORG. II. *t.* 8. *seqq.* CARPZ. *Pr. Crim. P.* 3. *q.* 134. *n.* 29. *seqq.*

X. UT ad Aleatores revertamur, eorum susceptores verberati, furto defraudati, damnove affecti tempore lusus, nullam habent actionem *l.* 1. *pr.* & §. 3. *ff. h.* FRANZ. *C. ff. h. t. num.* 11. *vid. præjud. apud* HAHN. *num.* 3. *Lusores* vero *ad ludendum* vel ab initio *cogentes*, vel in lusu invitos retinentes, aut mulcta multantur, aut in latumias, vel vincula publica ducuntur. *Magn.* AUCT. *S. J. C. Ex.* 15. *th.* 57. Ludo autem illicito perditi repetitio est, cui per quinquaginta annorum spatia demum præscribitur, *l. f. C. h.* Quam repetitionem generali consuetudine denegari putat GRAENEW. *de LL. abrogatis ad h. t. ff. num.* 2. Conf. RAUCHB. *P.* 2. *q.* 25. *num.* 49. *item* CARPZOV. *l.* 6. *Resp.* 79. *n.* 16. item collusori, intuitu debiti per lusum talem contracti, denegatur actio *l.* 1. *C. h.* LAND-R. *l.* 1. *art.* 6. CARPZ. *P. Crim. d. q. num* 23. HAHN. *ad* WES. *h. t. num.* 2. Add. *Jurispr. l.* 3. *t.* 26. *aph.* 6. De sponsionibus *l* 3 *t.* 12. *aph.* 3. *Olla fortunæ* (*der Glücks-Topff*) fraude omni remota licita est *d. l.* 8. *ff. de Contrah. emt.* Jure Saxonico autem prohibita. *d. t.* 8. *der Policey-Ordnung.* §. *dieweil auch. item* PUF. *de J. N. & G. l.* 5. *c.* 6. §. 7.

## SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT. L. 11. ff. t. 6.

XI. ADVERSUS *mensores, falsum modum dicentes, Prætor actionem in factum proposuit. l.* 1. *ff. h. t.* quæ est personalis, subsidiaria *l.* 3. §. 2. & 3. *ff. h.* rei persecutoria, perpetua. *l.* 4. *ff. h.* competens illis, quorum interest falsum modum dolo, aut lata culpa, non esse renunciatum, *l.* 1. §. 1. *ff. h.* eorumque heredibus *l* 3. §. 1. 5. *ff. h.* adversus mensores agri *l.* 1. §. *f ff. h.* frumenti, vini, *l.* 5. §. *f.* &c. qui per se, aut per alios falsum modum renunciarunt *l.* 1. §. *f. l.* 2. *ff. h.* ad id quod interest. *l.* 5. §. 1. *ff. h. l.* 3. §. 1. *ff. eod.* Hæc actio utiliter etiam adversus eos, qui cum non sint mensores, in modo tamen, æstimatione, aut computatione fefellerunt, obtinet *l.* 7. §. 2. *seqq. ff. h. t.* HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 4. FRANZ. *C. ff. h. t. n.* 10.

## TITULUS VIII. AD SCTUM TURPILLIANUM ET DE ABOLITIONIBUS CRIMINUM.

DE criminibus singulis specialiter tractatum est hactenus, unde progrediendum est ad ea, quæ multis criminibus sunt communia.

I. UBI circa Accusatores non omittendum, quod temerariis Accusatoribus infrequens non est *calumniari*, i. e. falsa crimina dolo intendere, *Prævaricari* h. e. vera crimina per collusionem cum reo, abscondere, *Tergiversari* h. e. in universum ab accusatione, non impetrata abolitione, desistere *l.* 1. *pr.* & §. *seq. ff. h. t. l.* 1. *C. eod. Calumniatorum pœna Jure Civili est talio l.* 10. *C. de Calumn. hodie* vero arbitraria. *Magnif.* AUCT. *S. J. C. Ex.* 49. *th.* 85. De Prævaricatoribus Jurisprudentiæ *l.* 3. *T.* 24. *aph.* 4. *n.* 7. actum. *Tergiversatoris pœna* quinque librarum auri manet. *l.* 3. §. *f. ff. de Prævaricat.* una cum remotione ab accusandi potestate *l.* 2. *ff. h.* Jure Saxonico, conf. LAND-RECHT. *l.* 1. *art.* 69.

II. ABOLITIO *est* necessitatis, accusationem peragendi, remissio. *v. l.* 12. *ff. h.* Hæc vel privata, vel publica, vel legalis est. *Privata* accusatori postulanti a Judice, ex justa causa conceditur *l.* 10. *ff. l.* 2. *C. de Abol. Publica* ob causam publicam tribuitur: veluti re prospere gesta *l.* 8. *l.* 9. *ff. h. Legalis* a lege dependet *l.* 10. *ff. h.* Regulariter conceditur abolitio. Exceptiones *v. l. f. C. de Abolit.* in crimine læsæ Majestatis, peculatus &c.

L. 48. ff. t. 17. De requirendis reis, vel absentibus damnandis.

III. ACCUSATIO ad præsentes criminum reos præcipue pertinet: absentes enim requirendi sunt *l.* 6. *C. de Accusat. l.* 5. *ff. de Pœn.* ne quis inaudita causa condemnetur. *l.* 1. *ff. h.* Publicis igitur edictis reus citatur, ut copiam sui præstet, & a crimine se purget. *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. l.* 1. *C. h. t.* bona etiam reorum obsignantur, & si intra annum non redierint, seque purgaverint, post annum in fiscum coguntur. *l. f. ff. h. t. Hodie bonorum annotatio* insolens non est, ut vivendi mediis destitutus, eo citius se sistat, at publicatio bonorum per Imperatorem in *Nov.* 134. *c. f. &* ORD. CRIM. *art.* 106. fere sublata est. HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 5. CARPZOV. *P.* 4. *C.* 48. *d.* 11. *v. Jurispr. l.* 4. *t.* 21. *n.* 19. *seqq.* MÜLL. *de fuga th.* 33.

IV. QUAESTIO, Germanice, *die peinliche oder scharffe Frage, est* interrogatio legitima de crimine, per corporis tormenta, ad eruendam veritatem, a Judice instituta *l.* 15. §. 41. *ff. de injur. l.* 12. *C h. t.* A quæstione diversa est *Territio*, quæ describi potest, quod sit carnificis de torquendo comminatio, eaque in verbalem, & realem dispescitur. *Verbalis* sine apprehensione, verbis gestibusque carnificis, ad torturam præparatoriis, perficitur, & proprie talis est. *Realis* vero præter minas carnificis, apprehensionem, & quale quale torturæ initium complectitur, diciturque vulgo *das Vorstellen mit den Daumstöcken.* CARPZ. *Pr. Crim. P.* 3. *q.* 117. *n.* 52. Hæc, quatenus realem corporis afflictionem continet proxime ad torturam accedit; verbalis autem non tam torturæ, quam ad torturam gradus est, uti loquitur ANT. MATTH. *de Crim. l.* 48. *t.* 16. *c.* 2. *num.* 2. CARPZOV. *Pr. Crim. P.* 3. *q.* 117. *num.* 52. *& q.* 119. *n.* 52. Territio adhibetur ob indiciorum, aut delicti levitatem, vel personæ qualitatem, quæ torturam non admittit. Exemplum de impubere *v. l.* 1. §. 33. *ff. ad SCt. Silan. item l.* 15. §. 41. *ff. de injur. v.* CARPZOV. *q.* 117. *n.* 51. *&* 53.

V. TORTURA tribus discernitur *gradibus*, *primus est*, quando adhibitis funiculis cruciantur rei, *secundus*, quando scalæ subjiciuntur, membraque expanduntur: *tertius*, cum præter expansionem, severioribus tormentis rei affliguntur e. g. sulphure aut igne corpori injecto. CARPZ. *c. l. n.* 60. *seqq.* ANT. MATT. *d. l. n.* 2. HAHN. *ad* WES. *h. t. verb. varii*, cum autem de confessione, quæ per torturam extorqueri solet, actum sit *Jurispr. l.* 4. *t.* 21. *aph.* 14. *seqq.* reliquum est, ut *torturæ requisita*, *formam & reiterationem* paucis expendamus.

VI. REQUIRITUR vero (1) ut judex, torturam decernens, jure Civili merum imperium, jure Saxonico Jurisdictionem superiorem habeat. CARPZ. *c. l. num.* 19. (2) ut delictum sit capitale & atrox *l.* 8. *ff. h.* ORD. CRIM. *art.* 8. ECK. *C. ff. h. t.* §. 5. (3) ut veritas aliter haberi nequeat. *v. l.* 9. *ff. h. l.* 1. *pr. ff eod.* CARPZ. *Pr. Crim. P.* 3. *q.* 119. *num.* 64. ANT. MATT. *d. t.* 16. *c.* 3. *n.* 21. WISS. *ad. π. h. t. th.* 15. (4) & de corpore delicti certo constet. *l.* 1. §. 24. *ff. ad SCt. Silan.* ORD. CRIM. *art.* 20. CAR-

PZOV. *d. q. n.59. seqq. it. p.*4. CONST. EL. 3. *d.*16. *&* 17. (5) ut reus tantis sit oneratus indiciis, ut sola confessio deesse videatur, *l.*8. *§.*1. *C. h. l.* 1. §. 1. *f. h. Est* autem *indicium* argumentum delicti perpetrati demonstrativum, sive indicativum, idque in *commune* & *proprium* distinguitur, hoc ad certum crimen restringitur, illud ad quælibet delicta pertinet. Ita proprium homicidii indicium est, quando reus cum vestimentis, armisque sanguineis, in loco homicidii deprehenditur *v.* ORD. CRIM. *a.*33. de veneficii indicio *v.* ORD. CRIM. *a.*37. *&c.* HAHN. *ad. Wes. h. t. num* 7. *Commune* indicium *vel est verisimile*, seu probabile remotum, *vel certum*, seu indubitatum propinquum, hoc non illud, per se ad torturam est sufficiens. ORD. CRIM. *a* 27. HAHN *c. l. v.* plenius CARPZOV. *Pr. crim. P.*3. *q.*120. *&* 121. *&* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t.* (6) ut persona sit torqueri non prohibita. *l.*8. *pr. &* §. 1. *C. h. t.*

VII. TORTURAE vero *non subjiciuntur* alii ob dignitatem, alii ob ætatem, alii ob invaletudinem. *Ob dignitatem* Principes, Duces, Comites, Barones, &c. *l.*11. *C. h. t. l.*10. *C. de dignit.* Milites & nobiles *v. l* 8. *C. h. l.*4. *C de Leg. Jul. Maj.* Doctores, Professores *v. d. l.*10. *l.*14. *C. de Adv. div. jud l.*6 *C. de Pr. f. & Med. v. allegata apud* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t. &* CARPZOV *P.*3. *q.*118. *n.*2. *seqq. ob ætatem* impuberes, licet pubertati sint proximi. *l.*1. §. 33. *ff. ad SCt. Silan.* ANT. MATTH. *de Crim. l.*48. *tit.* 16. *c.*2. *n* 9. CARPZOV. *c. l. n.*11. Senes ætate defecti. *l.*3. §. 7. *ff. eod.* CARPZOV. *c. l. num.*38. *Ob invaletudinem mentis* furiosi, & melancholici manifesti *v. l.*3. §. 11. *eod. item* HAHN. *ad Wes. de Pœn. num.* 20. *Corporis*, muti & surdi natura tales. *v. l.*3. §. 8. 10. *ff. eod.* lethali morbo laborantes. *v. l.* 7. *ff. h. t. j. l.*3. *ff. ad SCt. Sil. item art.* 59. ORD. CRIM. *id. num.* 47. *seqq.* Mulieres prægnantes, & puerperæ intra 40. dies, postquam editus est partus. *l.*3. *ff. de Pœn. l.*18. *ff. de stat. hom item l.*7. *ff. h.* PHIL. *us. Pract. Inst. l.*1. *Ecl.* 36 CARPZOV. *c. l. n* 51. *seqq.* An autem & quatenus terreri possint torqueri prohibiti, *v. apud* ANT. MATTH. *c. l. n.*13.

VIII. FORMA *torturæ hæc est*, quod (1) dies certus, regulariter non feriatus. *l.*10. *C. de fer.* ad quæstionem habendam præfigitur *v.* ORD. CRIM. *art* 45. eodemque (2) tempore opportuno, alicubi nocturno, alicubi matutino, non statim post prandium, aut cœnam. MATTH. *d. t.*16. *c.*4. *num.*9. (3) torquendus ad spontaneam confessionem, in præsentia Judicis, cum Assessoribus duobus, & Actuario, adhibitis etiam minis, commonetur, ORD. CRIM. *a.*46. (4) inter plures delicti complices is, a quo facillime veritas cognosci posse creditur, ordine torturæ præfertur. *l.*1. §. 2. *ff. h.* ut timidior, vel qui teneræ ætatis est. *l.*18. *ff. h.* & (5) tormenta usitata, cum moderatæ rationis temperamento. *l.*10. §. 3. *ff. h.* (Jure Saxoniæ ad præscriptam a JCtis sententiam) ita applicantur, ut reus salvus sit vel innocentiæ, vel supplicio. *l.*7. *ff. h. item.* ORD. CRIM. *a.* 58. deinde remisso torturæ actu. ORD. CRIM. *a.*58. reus articulate & breviter, annexa circumstantiarum inquisitione. *v. O. C. a.*48. examinatur, & tandem tota torturæ executio, una cum rei confessione, omnibusque circumstantiis, ab Actuario diligenter consignatur. ORD. CRIM. *a.*47. CARPZOV. *P.*3. *q.*124. *per tot.*

IX. DENIQUE ad *torturæ reiterationem* pergendum, quæ locum habet, quando nova emergunt indicia *l.*18. §. 1. *ff. h. t.* ANT. MATTH. *d. t. c.*4. §. 14. & pro Judicis arbitrio fieri potest Jure Civili *v. l* 1. §. 2. *ff. de Jur. delib. Jure Saxonico Electorali* in criminibus atrocissimis ultra tertiam, in reliquis delictis ultra secundam vicem tor-

tura repeti non debet, per CONST. EL. NOV. 9. CARPZOV. *P.3. q.125. n.34. seqq & n.50. seqq.*

## TITULUS IX. DE POENIS. L.48. ff. t. 19.

I. VARIIS criminibus etiam communes sunt pœnæ. *Pœna* est delicti, sive criminis, debita coërcitio: dividitur in civilem & criminalem. *Civilis* interesse privatum spectat, & actori applicatur. *Criminalis* interesse publicum respicit, & fisco cedit. *v. l.12. ff. de V. S. l.9. §.5. ff. de Publ. & vect. l.4. ff. de publ. jud.* §.10. *I. de Injur. v.* BARTHOL. *in l.2. ff. de Jud.* CARPZOV. *P.3. q.102. n.27. & 28.* Criminalis pœna vel capitalis est, vel non capitalis. *Capitalis* caput rei admittit *vel naturaliter*, adimendo vitam, ut per capitis amputationem *l.28. ff. eod.* submersionem in aquis *l.9. ff. ad L. Pomp. de parr. vel civiliter* libertatem aut civitatem, ut per deportationem in insulam, damnationem in metallum *dd. LL.* in cujus locum damnationem ad triremes successisse, putat CARPZOV. *Pr. Cr. P.3. q.129. num.* 8. objectionem bestiis factam. *l.11. §. f. ff. h. Non capitalis* pœna *est*, quæ caput rei non adimit, sive qua quis salva vita, libertate & civitate coërcetur, ut Relegatio *l.14. §.1. ff. de interd. & releg.* damnum pecuniarium cum infamia. *l.8. ff. h. v. pluribus* ANT. MATTH. *de Cr. l.48. t.18. c.1. n.9. & prac.*

II. PRÆTEREA *pœna est* Ordinaria, vel Extraordinaria. *Ordinaria* dicitur, quæ lege publica specialiter definita est. *l.1. §.1. ff. de Effract. item l.15. ff. ad Munic. Extraordinaria*, quæ lege determinata non est, sed judicis arbitrio relicta *d. l.11. ff. h. l.4. §.1. ff. incend. ruin. naufrag. Infligenda* vero est pœna *delicto proportionata*, delictumque ipsum, sive facto, sive dicto, sive scripto, sive consilio sit peccatum, consideratis circumstantiis causæ, personæ, loci, temporis, qualitatis, quantitatis & eventus, æstimandum est *l.16. pr. & §.1. ff. h. t.* conf. ANT. MATTH. *c. l. c.4. Magn.* AUT. *S. J. C. Ex. 1. th.31.* CARPZOV. *Pr. Cr. P.3. q.142. seqq. Non* etiam *prohibita* pœna in delinquentes statuenda est, quo refertur præcipitatio de saxo. *l.25. §.1. ff. h. &c. & carcer perpetuus, l 6. C. h. t. item* MATTH. *c. l. c.1. n* 3. 13. BACH. *v.2. D.31. th.4. l. d.* Jure Canonico permissus. *c.3. de pœn. in* 6. Hic *moribus* regulariter locum non habet, nisi lege vel statuto talis pœna statuta sit. *v.* CONST. NOV. ELECT. 8. *teste* CARPZOV. *P.3. q.111. n.57. seqq.* Cæterum carceris *temporalis* pœna nec ORD. CRIM. *a.157.* nec Jure Canonico *d. c.3.* nec usu, præcipue in arbitrariis, improbatur. CARPZ *c. l. n.64.* Conf. HAHN. *ad Wes. h. t. n.4.* In Electoratu Saxonico autem Judex inferior nec carceris pœnam ultra octiduum, nec mulctam pecuniariam, tribus vel quatuor Sexagenis novis majorem, dictare potest. CARPZOV. *P.3. q.109. n.63. & P.2. q.70. n.49.*

III. MORIBUS præcipue *Saxonicis pœnæ* aliæ sunt criminales, aliæ civiles: illæ *Peinliche*, hæ *Bürgerliche Straffen* appellantur. *Criminales sunt*, quæ corpus affligunt, & cum vitam hominis adimunt, *capitales*, cum non adimunt vitam, sed corpus directo affligunt, *non Capitales* nominantur. *Civiles pœnæ sunt*, quibus directo corpus non affligitur. *Ad pœnas criminales capitales refertur* capitis amputatio: Suspendium: Rota: Suffocatio in aquis: Combustio & dissectio in quatuor partes. *Ad pœnas criminales non capitales* Fustigatio: Abscissio duorum digitorum, Manus amputatio, membrorum ex-

tensio seu Tratto di Corda, Damnatio ad triremes, metallum vel opus publicum. *Ad pœnas Civiles* mulcta pecuniaria, *Geld-Buße*, Carcer & Relegatio. De quibus omnibus accurate tractavit CARPZOV. *Pr. C. P.*3. *q.*128. 129. & 130. *brevius* HAHN. *ad Wes. h. t. n.*2.

IV. IRROGANDA *est pœna ipsis delinquentibus l.*22. *C. de Pœn.* non liberis *l.*26. *ff. h.* nec heredibus *l.*20. *ff. eod.* nisi vel lis sit contestate, & condemnatio secuta, qua bonorum ademtio dictata sit. *l* 20. *ff. de Accusat.* vel criminis ea sit atrocitas, ut pœna ad liberos extendatur *l.*5. §.1. *C. ad L. Jul Maj. d. l.*10. Nec brutis, licet ea, ne indignam refricent facti memoriam, nonnunquam tolli soleant, *c.*4. *caus.*15. *q.*1. PETR. THEOD. *Coll. Crim. Disp.* 10. *th.*3. *l. h.* CARPZOV. *Pr. Cr. q.*131. *n.*2. *seqq.*

V. FINIS pœnarum *est*, ut sollicita Justitiæ administratione Numinis divini indignatio evitetur *v. c.*32. *caus.*23. *q.*5. delinquentes, libidine peccandi exstincta, emendentur *l.*20. *ff. h.* alii exemplo deterreantur *l.*6. §.1. *ff. h* & boni sua securitate fruantur. *c.*18. *caus.*23. *q.*5. quod optime apud *Senecam de Clem. l.*1. *c.*22. his verbis traditum legimus: *In vindicandis injuriis hæc tria lex secuta est, quæ Princeps quoque sequi debet, aut ut eum, quem punit, emendet: aut ut pœna ejus ceteros meliores reddat: aut ut sublatis malis, securiores ceteri vivant.*

VI. EXSTINGUITUR *pœna* defuncto eo, qui criminis reus fuit. *l.*6. *ff. de Publ jud.* nec in cadaver, nisi in quibusdam atrocissimis criminibus, animadvertitur. *v. l.*28. §.15. *ff. de Pœn.* CARPZ. *d. l. n.*44. *seqq.* de præscriptione *v. Jurispr. l.*3. *t.*28. *n.*4.

L. 48. ff. t. 20. De bonis damnatorum.

VII. DAMNATORUM *bona olim confiscabantur*, lata sententia condemnatoria, in crimine capitali, *l.*1. *ff. h.* quæ confiscatio tamen ad bona propria pertinebat, quæ ad heredem extraneum transire poterant, non ad feudalia, nec fideicommisso subjecta, secundum HAHN. *ad Wes. h. t. verb. item* Conf. *tamen* MATTH. *de Crim. l.*48. *c.*18. *n.*2.

VIII. JURE *Novellarum* ascendentes & descendentes, usque ad tertium gradum, excludebant fiscum. *N.*134. *c. f.* Excepto Majestatis crimine, quod in Authentica *Bona damnatorum* Irnerius novo jure ad collaterales extendit. *d. Auth. Bona Damn. C. de Bon. proscr. per* ORD. CRIM. *a.*218. vero, si crimen læsæ Majestatis excipias, *hac confiscatio abrogata esse videtur.* CARPZOV. *P.*3. *q.*135. *n.*9. *seqq.* HAHN. *ad. Wes. h. t. Verb. Exceptio. Dissentit* LAUTERB. *Com. Jur. h. t.*

L. 48. ff. t. 21. De bonis eorum, qui ante sent. vel mortem sibi consciv. vel accus. corruperunt.

IX. EORUM quoque *bona in fiscum cedebant*, *qui conscientia delati*, admissique *criminis*, metuque futuræ sententiæ, non tædio vitæ aut furore &c. *mortem sibi consciverant. l.*1. *C. h. l.*2. *C. eod.* ubi in dubio heredibus relinquebatur potestas defunctorum innocentiam ostendendi. *l. f. §. f. ff. h.* Quæ confiscatio *hodie* non nisi in reo criminis læsæ Majestatis obtinet. *v.* ORD. CRIM. *a.*135. & 218. *quod testatur prajudicium Magn.* STRUV. *ad Ant. Matth. de success. c.*19. *a* 71. HAHN. *ad Wes. t. Ad L. Corn. num.*7. *verb. An vero*, de eo, qui accusatorem in crimine non capitali corrupit, *v. l.*1. *ff. h.*

L. 48. ff. t. 22. De interdict. & relegat. & deportatis.

X. HACTENUS de pœnis in genere dictum, jam ad certas pœnarum species,

utpote interdictionem, relegationem, & deportationem perveniendum est. *Interdicti sunt*, quibus certo loco, advocatione, ordine aut simili quodam jure interdictum est. *l.7.* §.10. 19. 20. *l.9. ff. h. l.9. ff. de Pœn. Relegatus est*, qui certo loco inclusus, vel exclusus est, salvo civitatis jure, *l.4. l.5. l.7. ff. h. Relegatio fit vel ad tempus, vel in perpetuum*, huic, non illi, quandoque partis bonorum publicatio adhæret, *d. l.4.* ANT. MATTH. *de Crim. l.48. t.18. c.1. n.10. Hodie* relegatio vel in perpetuum fit, *die ewige Verweisung*, vel ad certum tempus, *die zeitliche Verweisung*, vel, memorante HAHNIO, revocabiliter, *auf künfftige Erlassung*, quæ postrema relegatio arbitrio Magistratus revocari potest. Indefinite concepta relegatio, *daß N. des Landes zu verweisen sey*, perpetuam relegationem denotat. *v. l.10. de Pœn.* HAHN. *ad Wesenb. t. de Pœn. n.7.* CARPZOV. *Pr. Cr. P.3. q.139. num. 170. seqq. Jure Civili* e certo Provinciæ loco relegatus, non censetur a tota provincia exclusus *l.7. §.15. ff. h. t. Jure Saxonico* creditur e tota provincia relegatus, per *P.4. C. El.47. ubi* CARPZOV. *d.1.* & si relegatio a superiore facta est, etiam ad subfeuda extenditur. CARPZOV. *Decis. Elect. 98.* Cæterum relegatio nec matrimonii vinculum solvit. *v. l.22. §.7. ff. solut. matr.* CARPZOV. *ad d. C d.7.* nec bona. civitatem, famamve (nisi ob delictum famosum facta est *v. l.22. ff. de his qui not. inf.*) tollit. *idem d 9. 12.* HAHN. *ad Wes. h. t. n.4.* adeo, ut relegatus alibi ad honores admitti possit *d.11.* Affinis relegationi est *impositio venditionis ac migrationis ex certo aliquo pago*, cujus mentionem facit ELECTOR. SAX. *P.2. C.8.* CARPZOV. *Pr. Cr. P.3. q.130. n.55. Deportatus est*, qui in certum locum delatus est, ut in eo amissa civitate, perpetuo commoretur. *l.6. l.15. ff. h. l.17. §.1. ff. de Pœn. v.* VINN. *ad §.2. I. de Capit. dem.* Deportatio ab usu recessit. CARPZOV. *d. q. num.14. v. Jurispr. l 1. t.14. a.4.*

## DE SENTENTIAM PASSIS ET RESTITUTIS.

L.48. ff. t.23.

XI. QUI sententiam condemnatoriam passi sunt *restitui queunt, via vel Justitia*, probata scilicet inocentia, *l.1. §. f. ff. de quæst. vel Gratia*, principis clementia. *Restitutio, quæ fit per gratiam*, olim a Principe summo fiebat *l.10. C. h. l.1. §.27. ff. de quæst. hodie* fit etiam a statu Imperii, vi Superioritatis territorialis ECK. *C. ff. h. t. n.3. j. Jurispr. l.3. t.29. a. 1. seqq.* & dividitur *in Generalem & Specialem. Generalis est*, quæ reditum, impunitatemque tribuit. *l.2. l.7. C. h. Specialis*, quæ statum pristinum plenarie reddit. *l.4. C. h.* non tamen ea fructus, aliis quæsiti, videntur comprehendi ANT. MATTH. *d. l. t.19. c.5. n.8. seqq.*

L. 48. ff. t.24. De Cadaveribus punitorum.

XII. TANDEM corpora punitorum petentibus, præcipue agnatis, ad sepulturam dantur. *l.1. l.3. ff. h. v. a.6. h. t. Hodie* etiam ad Anatomiam, pro personæ qualitate, conceduntur. CARPZOV. *P.3. q.137. n.72.* præcipue, cum apud nos Anatomia humani corporis, ad minimum semel annuatim suscipienda, Professori Anatomiæ sit injuncta *in Verordnung beyder Universitäten t. Von der Facultät in der Artzney §. Sonderlich aber.*

# LIBER IV

## TITULUS I. DE POSTULANDO. L.3. ff. t.1.

APHORISMUS I.

POST jura personarum, rerumque exposita, transitus fit ad Processum Judicialem, ubi circa personas, judicium constituentes, actor reusve, per se vel per alium postulans, omittendus non est. *Dicitur* autem *postulare*, qui desiderium suum, vel amici sui, in jure apud eum, qui Jurisdictioni praeest, exponit, vel alterius desiderio contradicit *l.1. §.2. ff. h* Pro se postulare potest quilibet, non prohibitus. *v.* l.43. §.1. *ff. de procur.* nec Advocatum adhibere tenetur, qui ad causam suam agendam inhabilis non est. *pr. J. de iis per quos ag.* quod in causis summariis apud nos usu frequentissimum, licet, pro circumstantiarum qualitate, & legum diversitate, non eandem totius Germaniae esse consuetudinem credam. *vid.* GROENEW. *ad l.29. C. de Procur.* Nonnullibi, ut in Sabaudia, ne quidem summi nominis JCto propriae causae defensio committitur. FAB. *ad l.1. ff. h. t. & HILL. ad Don. l.18. c.3. lit. i. Prohibetur* autem Jure Saxoniae non Civili. *l.1. §.5. ff. h. pro se postulare* (1) foemina, quae personam legitimam standi in Judicio, deficiente Curatore, non habet. *v. P.2. C. El. 15.* HAHN. *ad. Wes. h. t. n.4.* sive rea sive actrix, sive virgo sive vidua sit; CARPZ. *Proc. T.5. a.3. n.48. 52.* quod in foeminis illustribus *idem P.2. C.15. d.9. n.61.* testamenta condentibus, causas matrimoniales tractantibus, & criminis publici accusatis, fallit. *id. d t. Proc. n.75. item* BERL. *P.1. Concl. 15.* (2) Minor 17. annis *l.1. §.3. ff. h. item l.7. ff. eod. v.* PHILIPP. *ad O. P. S. t.3. Conf.2.* (3) SURDUS. *d. l.1. §.3.*

II. PRO aliis postulantes Advocati appellantur. *Sunt* autem *Advocati*, qui partibus litigantibus, causas perite defendendo, assistunt *l.11. §.1. C. de Advoc. div judiciorum. l.14. C. eod. v.* BERL. *P.1. Concl. 9. n.1. seqq.* & cum causas privatorum tractant, privati, cum fiscales seu publicas, Advocati fisci nominantur. *v. l.2. l.3. C. de Adv. fisci.* Porro *in Ordinarios & Supernumerarios* seu Extraordinarios *dividuntur*, quorum illi, publica auctoritate in matriculam Advocatorum relati *l.13. C. de Adv. div. jud.* hi relati non sunt. Ita *in Curia Provinciali Lipsiensi* Advocatis ordinariis jus excludendi alios ab hoc munere, datum est, utpote qui etiam juramento ad officium illud devincti sunt CARPZ. *Proc. t.5. art.1. n.35. & 40. seq.*

III. ARCENTUR vero *ab advocati munere* alii Praetoris edicto, alii lege, alii sententia Judicis. *Edicto Praetoris* mulieres *l.1. §.5. ff. h.* Coeci *d. §.* & infames sub distinctione *d. l.1. §.6. 8. & 11.* hodie removentur indistincte, secundum Jus Canonicum *c.1. caus. 3. qu.7.* CARPZOV. *d. t. n.26.* PHIL. *ad O. P. S. t.3. Conf. 3. n.2. Lege & simpliciter* (1) Haeretici *l. f. C. h.* (2) Juris imperiti, *l.11. §.1. C. de Adv. div. jud.* hinc suam peritiam probare tenentur *T.3. O. P. S. §. besonders* Conf. BERL *P.1. Concl.9. n.54 sq.* (3) de quota litis cum cliente paciscentes *l.5. C. h.* (4) Milites *§. f. I. de Except. j. l.31. C. locat. In certis causis* vero patrocinium praestare prohibentur (1) Judices & arbitri in causis, quas judicant. *l.6. pr. & §.6. C. de postul.* FRANZ. *l.2. R 15. n.5.* (2) Assessores in suo auditorio. *l.5. ff. de Off. Ass.* quod correctum esse putat per *l. f. C. eod.* WISS. *ad*

*π. P.* 1. *D.* 5. *th.* 23. FRANZ. *c. l. n.* 1. *v.* ORD. CAM. *P.* 1. *t.* 6. *&* *t.* 19. §. *nachdem* (2) Vasalli in causa civili graviore, ut famosa adversus Dominum feudi, II. *f.* 33. §. 2. BACH. *v.* 1. *D.* 8. *th.* 2. *l. g j. Magn.* STRUV. *S. J. F. c.* 15. *a.* 9. *n.* 3. (4) Clerici beneficiati, apud judicem secularem *v. c.* 1. *& f. X. h. t. item* ZIEGL. *ad Inst. Lanc. l.* 3. *t.* 2. §. 12. *verb. qui. Sententia judicis*, advocationem apud certum judicem præstare specialiter prohibiti. *l.* 6. §. 1. *ff. h. item l.* 9. *ff. de pœn.* quæ prohibitio nec ad successorem in magistratu. *d. l.* nec ad consilium extrajudiciale dantem, extendenda est *v. l.* 1. §. 2. *ff. h. l.* 1. §. 11. *ff. de Extraord. cog.* HAHN. *ad Wes. h. t. n.* 5.

IV. ADVOCATI *regulariter a partibus* litigantibus *eliguntur. l.* 2. C. *h. t. nonnunquam* vero *a Judice* ex officio, etiam inviti *dantur l.* 7. *C. h. l.* 2. *de R. J.* Præcipue si litigans ob paupertatem Patronum invenire nequeat. *v. l.* 9. §. 5. *de Off. Proconf.* quo casu plerumque præstito a cliente paupertatis juramento. *v O. P. S. T.* 1. §. *würde*. Salarium Advocatis e Fisco solvitur, quod, si victores existant, restituere solent. HAHN. *ad Wes. h. t. num.* 3. nonnullibi autem habentur certi pauperum Advocati CARPZOV. *P.* 1. *C.* 1. *d.* 25. *item* GAIL. *l.* 1. *Ob.* 43. *n.* 11. Atque ita ex officio a Magistratu partibus, non tantum in caussis civilibus, sed etiam criminalibus, adjungi possunt, & aliquando debent. *v.* ORD. CRIM. *a.* 88. *j.* CARPZOV. *Pr. Cr. P.* 3. *q.* 115. *n.* 91. *seq.*

V. ADVOCATI *officium* est, ut (1) Causas, de quarum injustitia constat, repudiet, *l.* 14. §. 1. *C. de Jud.* illicitum tamen non erit eum defendere, qui in possessorio bonam fovet causam, malam in petitorio, quamdiu de petitorio non controvertitur, secundum HAHN. *ad. Wes. h. t. n.* 6. (2) Causas susceptas sine convitiis & fraudibus, ea, qua decet, brevitate, fidelitate, diligentia & constantia tractet. *l.* 6. §. 1. *C. h. t. d. l.* 14. *l.* 13. §. 9. *C. de Jud. O. P. S. T.* 3. *pr.* TORG. AUSSCHREIB. *de Anno* 1583. *tit. von Advocaten und Procurat.* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t.* HAHN. *ad. Wes. d. n.* 6. *v.* CARPZ. *P.* 1. *C.* 1. *d.* 18. *&* 19.

VI. PRO tam fideli *opera sortitur Advocato honorarium*, quod *est* laboris habiti æqua remuneratio, & secundum Jus Civile 100. aureorum summam excedere non debet *l.* 1. *§.* 12. *ff. de extraord. cogn.* quod a moribus nostris alienum esse, cum pro fori cujuslibet consuetudine honoraria taxentur, asserit GROENEW. *de LL. abrog. ad. d.* §. *&* DION. GOTHOFR. *eod.* Conf. FINCKELTH. *Obs.* 98. *it.* BERL. *P.* 1. *Concl.* 9. *n.* 70. *seq.* WISS. *ad π. t. de Extraord. cogn. th.* 12. *Quodsi promissum est salarium annuum, & Advocatus* intra annum vel *moritur*, vel lis transactione, simili ve via, finitur, integri anni salarium nihilominus advocato debetur. *l.* 38. §. 1. *ff. loc. l.* 1. §. 13. *ff. de Extraord. cogn. l. f. C. de Cond. ob caus. dat.* eidemque solutum repeti nequit *dictis LL.* CARPZOV. *P.* 1. *C.* 1. *d.* 34. *Salarium petit advocatus* vel actione ex stipulatu, vel implorato judicis officio, *v. l.* 4. *C. de Cond. ob caus. dat. l.* 1. §. 10. *&* 12. *ff. de extraord. cogn. v.* WISS. *ad l.* 34. *ff. de V. S. th.* 1. GAIL. *l.* 1. *obs.* 44. *num.* 2. Sed ab hoc honorario quam maxime differt *palmarium*, hoc enim donum vel munus *est*, quod Advocatis a Clientibus suis, victoriæ causa, extraordinaria consuetudine & liberalitate, exhibetur. *v.* LAUTERB. *V.* 1. *D.* 21. *de Palm. Adv. c.* 2. *th.* 4.

TITU-

# TITULUS II. DE PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS. L. 3. ff. t. 3.

I. PRINCIPALIUM in judicio personarum, ut actoris & rei, nomine comparet etiam Procurator seu Defensor. *Procurator* est, qui aliena negotia, mandato domini, administrat. *l.1. ff. de Procur.* quod mandatum in advocato non requiritur. *v. plur* ECK. *t de postul.* §. 1. CARPZOV. *Pr. T. 5. a. 1. n. 8. 9.* Est vero Procurator (1) alius *Judicialis*, qui ad agendum aut defendendum, alius *extrajudicialis*, qui ad negotia administranda constituitur. *v. l 43. ff. h. t.* Priorem hic præcipue consideramus, (2) alius *principalis*, alius *substitutus*, *Ein Affter-Anwald*, quæ *substituendi potestas* Procuratori, cui specialiter concessa non est, *observantia fori Saxon.* denegatur. *v.* CARPZOV. *Pr. t. 5. art. 5. num 6.* Licet *Jure Civili* post litem contestatam Procurator libere substituere possit. *l. 8. C. de Procur. v. l. 22. C. eod.* quod in dubio observandum est, quoties contraria observantia ostendi nequit. *v. l. 27. de Testam. vid. pluribus* LAUT. *V. 1. D. 23. De Procur. subst. C. 3.* §. 10. at Procurator substitutus alium substituere nequit, nisi substituendi facultas ipsi expresse tributa sit. CARPZOV. *d. t. num. 9. seqq. &* DEC. ILL. 297. (3) Alius est *specialis*, qui ad unam rem, alius *generalis*, qui ad omnes res datus est *l. 1. §. 1. ff. h. t.* (4) Alius est Procurator *cum libera* (scilicet potestate) alius *sine libera*: ille est, cujus constitutioni clausula cum libera vel formaliter, vel virtualiter, inserta est. *c. 9. X. t. 4. de Proc. in 6.* hic, cujus constitutioni non inserta est Hic restrictiorem, ille liberiorem potestatem habet, e. g. transigendi, paciscendi &c. *v.* CARPZOV. *Proc. t. 5. art. 1. num. 11.* non tamen habilis est ad expedienda ea, quæ mandatum speciale requirunt. CARPZOV. *Dec. Ill. 20 n. 10.* Denique (5) alius est Procurator *in rem* (seu utilitatem) *alienam*, alius *in rem suam*, *qui describi potest*, quod sit persona, quæ actiones alienas, ex justo titulo a domino sibi mandatas, in judicium deducit, & in utilitatem suam administrat, *l. 4 l. 9. C. l. 25 ff. h. t. l. 13. §. 1. ff. de Pact.* LAUTERB. *V. 2. Dec. 12. De Proc. in rem su. th. 6. item* BACH *ad Treutl. V. 1. D. 9. th. 1. l. 4. verb. Unde.* FRANZ. *C. ff. h. t. n. 43.* (6) alius est *verus*, alius *quasi procurator*, ille verum, hic præsumtum habet domini mandatum, & præstita cautione rati, admittitur, nisi de contraria ipsius voluntate constet. *l. 40. § 5. ff. h. t. l. 21. C. h. O. P. S. t. 7. §. wir lassen.* LAUTERB. *V. 2. D. 5. De Caut. rati conjunct. th. 6.*

II. NITUNTUR autem *præsumto Domini mandato* (1) *Parentes & liberi*, quod de his, qui sunt masculini, non fœminini sexus, intelligendum, *v. l 35. ff h. t. j. l. 1. §. 5. de post.* at sine distinctione, utrum sint in potestate nec ne, utrum primi an ulterioris gradus *d. l. 35. item l. 220. l. 51. ff. de V. S* in infinitum LAUTERB. *d. Disp. th. 6. 7. 10.* PHILIP. *ad O. P. S. Conf. 4. ubi prej de fœminis num. 8.* (2) *Collaterales* usque ad gradum secundum inclusive *J Civ. d. l. 35. J. Sax.* usque ad gradum tertium inclusive *d O. P. S. §. wir lassen* PHIL *c. l.* Hic autem fratres cognatione, non conventione, (*Dutz-Brüder*,) religione, affectu &c. tales, intelligendi sunt. BERL. *P. 1. Conclus. 24. n. 40. seqq.* LAUTERB *c. l th. 11.* CARPZOV. *Proc. T. 5. art. 6. num 25. seqq.* (3) *Affines J. Civili* in linea recta & obliqua usque ad secundum gradum *d. l. 35.* durante, non dissoluta affinitate. *v. l. 3. §. 1. ff. de Postul.* BERL. *P. 1. concl. 14. num. 51.* LAUTERB *c. l. th. 17. Diff.* CARPZOV. *Proc. t. 5. art. 6. n 46. J. Sax.* tantum Socer pro Genero, & Ge-

ner pro Socero *d.* §. *Wir*. (4) *Maritus* pro uxore in receptitiis bonis *l.21. C. h. t.* GAIL. *l.1.Obs.133. n.7. Jur. Saxon.* etiam in bonis dotalibus & paraphernalibus, per *P. 2. C. El. 15. T.8. O. P. S. §. dieseaber.* LAUTERB. *c. l. th.15.* CARPZ. *Pr. d. t. num.34.* (5) *Consortes ejusdem litis. Jure Civ.* lite contestata. *l.2. C. de Consort. ejusd. litis v. latiss.* LAUTERB. *c. l. th.29. seqq. Jus Sax.* generaliter loquitur. *d.* §. *O. P. S. v.* CARPZOV. *d. t. num. 51. id. P.1. C.1. d.29. num. 5.*

III. VERUS *Procurator mandato* vero *constituitur. l.1. ff h.* quo destitutus, ad judicium nequidem cum cautione rati admittitur, CARPZOV. *P.1. C.1. d.26.* FRANZ. *C. ff. h. t. n.25.* imo prima vice 5. secunda 10. thalerorum pœna afficitur, secundum *O. P. S. t.6. pr.* PHIL. *ad d. T. Consid.* 1. qua cautione reali *v.* CARPZOV. *Proc. t.5. a.6. num.* 1. adjuvatur, qui mutilum producit mandatum *a. l.1. C. h. t. j. l.40. §. f. ff. h. O. P. S. T.7. §. da auch etwa &c.* nisi causa mandatum speciale desideret. PHIL. *ad d. T. O. P. Consid.3.* CARPZOV. *Proc. t.5. a.6. n. f.* Quod Juri Civili non convenit. *l. 26. ff. de minor.* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t. l. c.* Quando autem sine mandato admissus est Procurator, & dominus gesta ab codem re integra, ratihabet, ea ratihabitio mandato æquipollet, & retrotrahitur. *a. l f. C. ad SCt. Maced.* si re non amplius integra, ratihabitio in ratihabentis, non tertii præjudicium valet. *v. l.3. §.1. ff. rem rat. hab. v. O. P. S. t.7. §. trüge.* FRANZ. *C. ff. h. t. num. 28.* CARPZOV. *Proc. t.17. a.2. num.19.22.* BERL. *P.1. Concl.14. n.134.*

IV. MANDATUM *procuratorium secundum fori cujuslibet usum formandum est, v. l.24. ff. Ad municipal.* Generaliter vero complecti debet: Quis, quem, in qua causa, contra quem, coram quo Judice constituat BERL. *P.1. Concl. 14. n.70.* quo anno & die, *v. c. f. X. h. t.* WESENB. *C. ff. h. t. num.7.* Cautio rati non Jure Civili *v. l.6. ff. de Cond. ind.* FRANZ. *C. ff. h. t. num.24.* HAHN. *ad Wes. h. t. num. 6.* Sed nonnullorum locorum observantia requiritur. *v.* CARPZOV. *P.1. C.1. d.27.* subscriptio, una cum sigilli appositione Jure Saxonico *O. P. S. t.7. §. die Mandata &c.* necessaria est. *v. tamen* PHIL. *ad. d. T. Cons.6.* non Jure Civili *v.* CARPZOV. *c. l.* BERL. *P.1. Concl.14. num. 74. seqq.* HAHN. *ad Wes. h. t. num.7. v. Et aliquando sigillo. Modum constituendi procuratorem* ponderantes, alium deprehendimus *extrajudicialem*, quando procurator coram Notario & testibus, vel literis privatis constituitur, alium *judicialem*, quando dominus apud acta procuratorem constituit, illiusque gesta se ratihabiturum promittit. CARPZ. *Pr. t.5. a.1. num.115.*

V. MANDATUM Procuratorium Generale nullius est utilitatis, ubi speciale desideratur: appellatur autem *mandatum speciale*, in quo articuli alicujus, verbis expressis fit mentio specialis e. g. concedo potestatem Instrumenta recognoscendi, in integrum restitutionem petendi &c. *Requiritur speciale mandatum* in actibus maximi præjudicii *v. l.25. §.5. ff. de a. vel o. her.* ut in renunciatione litis, recognitione instrumentorum, Cautione rati. CARPZOV. *Proc. t.5. art.2.* in restitutione in integrum minoris *v. l.25. §. 1. ff. de minor.* in delatione, & relatione juramenti. IDEM *d. l 2. Resp.99.* in matrimonio contrahendo, compromisso &c. HAHN. *ad Wesenb. h. t. num.7.*

VI. PROCURATORES *constituunt* causarum *domini l.1. ff. h. t.* tam directi, quam utiles: ut Vasalli *II. f. 8. & 43.* Non pupilli, aut minores, sine Tutorum auctoritate, & Curatorum consensu. *l.11. C. de Procur.* subsistit tamen lata in favorem eorun-

dem sententia. *l.*14. *C. eod.* CARPZOV. *P.*1. *Dec.*14. Non Tutores aut Curatores soli: hi enim actorem dant *d. l.*11. *l.*24. *ff. de Adm. & per. tut. O. P. S. t.*9. *§. würden. neque mulieres* usu Saxoniæ sine curatorum consensu. CARPZOV. *P.*1.*C.*1. *D.*32. ipsi vero Curatores mulierum, exhibendo Curatorium suum in judicio legitimant personam, imo actoria concedentes, nulla necessitate Curandæ suæ subscriptionem adhibent; quæ tamen necessaria est, si mulier sit suorum liberorum Tutrix, Curatorque actorem in causa Tutelari constituat, in qua si vel ipse Curator se sistat, præter Curatorium tutricis voluntatem docere tenetur. CARPZOV. *Proc. t.*5. *a.*3. *num.*90. *seqq.* PHIL. *ad t.*9. *O. P. S. Consid.*2. *ubi praj.* Neque constituunt procuratores prohibiti vel natura, ut furiosi &c. *v. l.*34. *ff. h.* vel Jure, ut excommunicati. *c. f. X. h. t.* præterquam ad defendendum *c.*7. *X. de judic.*

VII. A *munere procuratorio arcentur* (1) *fœminæ. l.*18. *C. h. t.* nisi in rem suam sint procuratrices *l.*4. *C. eod.* alias Exc. *v. l.*41. *ff. h. l.*3. §.2. *ff. de lib. caus.* §.3. *I. de susp. tut.* *Jure Saxon.* in impetratione arresti, confectione testamenti &c. etiam sine curatore admittuntur. CARPZOV. *Pr. t.*5. *a.*3. *n.*70 *seq.* (2) *Milites* ob publicam utilitatem *l.*7. *l.*9. *C. h. t.* dummodo adversus eos excipiatur, *l.*13. *C. h. t.* HAHN. *ad Wesenb. h. t. num.*4. (3) *Minores* tam ante, quam post impletum annum 17. Jure Canonico *c.*5. *de Procur. in* 6. secundum observantiam Saxonicam opposita inhabilitatis exceptione, uti pronunciatum esse refert PHIL. *ad O. P. S. T.*3. *conf.*2. NICOL. *Proc. Jud. p. m.*64. *l. c.* CARPZOV. *Dec. Ill.*203. *& Proc. t.*5. *art.*1. *num.* 29. *seqq.* (4) *Infames c.*1. *caus.*3. *q.*7. GAIL. *l.*1. *Obs.*43. *num.*8. HAHN. *ad Wes. d. l.* Conf. *Tit. prac. aph.* 3.

VIII. PROCURATOR *admittitur in causis* civilibus, licet famosis *v. l.*6. *§.*2 *ff. de his, qui not. inf.* Conf. GROENEW. *de LL. abrog. in l.*40. *ff. h. t.* in criminalibus, cessante Inscriptionis vinculo a parte accusatoris. ORD. CRIM. CAROL. V. *a.*12. a parte rei, si de pœna nec capitali, nec corporis afflictiva, reo irroganda, agatur. *v. l.*1. *ff. an. per al. caus. appell.* nisi is absentiam rei ante litis contestationem defendere, *v. l.*71. *ff. h. t.* aut exceptiones dilatorias proponere velit. CARPZOV. *P.*3. *q.*115. *num.*2. 48. *&* 77. IDEM *P* 4. *C.*42. *d.*3. de Jure Civili *v. Magnif.* AUT. *S. J. C. Ex.*7. *th.*32. *j.* ANT. MATTH. *de Cr. l.*48. *t.*31. *c.*4. *n.*2. *seqq.*

IX. PROCURATORIS *officium est*, mandatum susceptum exequi. *l.*8. *§. f. ff. Mand.* ejusque fines neutiquam excedere; *quodsi* autem *procurator in causa vel dolo, vel culpa, versatur, domino hoc nocet. l.*10. *C. h. t. l.*1. *§. f. ff. Quand. appell.* eique restitutione in integrum non succurritur, nisi citra omnem culpam Domini damnum hoc datum sit a Procuratore, solvendo non existente, vi clausulæ generalis *in l.*1. §.1. *ff. Ex quib. caus. maj.* CARPZOV. *P.*1. *C.*1. *d.*22. *&* 23. add. *Dec.* 203. *num.* 26. Ex hoc mandato domino directo datur mandati actio, Procuratori contraria, *l.*46. §.4. *&* 5. *ff. Mand.* Pariter cum Procurator, lite contestata, fiat dominus litis. *l.*22. *C. de Procur.* in ipsum, non in principalem *J. Civ.* ferenda est sententia. *l.*1. *C. de Sentent.* quod *hodie* non attendi, nec Jure Canonico receptum esse, refert RITTERSHUS. *de Diff. Jur. Civ. & Can. l.*5. *c.*24. *verb. Nunc.* HAHN. *ad Wes. h. t. num.*8. *verb. Sententia.* GAIL. *l.*1. *obs.*111. *num.*2. GROENEW. *de LL. abrog. d. l.*1. *num.*2.

X. CONSTITUTIO *Procuratoris dissolvitur* non tantum utriusque *v. l.*58. *ff. de pact.* sed etiam alterius partis voluntate, re integra, ante litis contestationem *l.*16. *ff.*

*h. t.* non post eam, nisi causa cognita. *l. 17. pr. & §. f. ff. h. l. 25. ff. h. t.* GAIL. *l. 1. Obs. 46.* & adversa parte, si contradicit, audita. CARPZOV. *Dec. Ill. 45. num. 18. & 24. ubi præjud.* ZIEGLER. *ad Inst. Jur. Can. l. 3. t. 2. §. 15.* Item lata sententia definitiva procuratoris officium exspirat, cum appellationem prosequi invitus non cogatur, nisi aliud actum sit inter partes *c. 14. X. de Procur. l. 17. C. h. l. 9. l. 10. C. de Appellat.* HAHN. *ad* WESENB. *h. t. num. 11.* CARPZOV. *P. 1. C. 1. d. 24. ubi præjud.*

XI. ALTERA pars Tituli de defensore agit, in qua *defensor dicitur*, qui sine mandato reum in judicio defendit. *l. un. C. de satisd. item l. 46. §. 1. & 2 ff. h. t.* hic satisdare tenetur judicatum solvi. *d. l. un. C.* cujuscunque sit conditionis. *l. 51. § f. l. 52. ff. h. t.* FRANZ. *C. ff. h. t. num. 52.* & cavere de rato in actione reali. *l. 40 §. 1. ff. h. t. item l. 45. §. f. ff. h. t.* si illud ab adversa parte in litis exordio est petitum. *d. l. un.*

*L. 3. ff. t. 4. Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agatur.*

XII. HACTENUS de Procuratore privatorum. Procurator Universitatis dicitur *Syndicus l. 1. §. 1. ff h. t.* & *describi potest*, quod sit procurator universitatis, qui communi mandato causas ejusdem in judicio administrat *l. 1. §. 1. l. 6. §. 3. ff. h. t. Universitas* autem *est* corpus e distantibus personis collectum, & unitum, communibus juribus, rebus & personis ad utilitatem communem utens, *d. l. 1. Magn.* AUCTOR. *S. J. C. Ex. 7. th. 40. & 41.* CARPZOV. *Proc. T. 5. art. 4. num. 5. Cogitur universitas per Syndicum litigare*, ne actione aut defensione per plures scissa, incommodo afficiatur adversarius *v. l. 5. §. 7. ff. Judic. solvi* CARPZ. *P. 1. Const. 13. d. 5.* non tamen inde colligi potest, id quod alia, quam Syndico constituto, via, in judicio ab universitate gestum est, ipso jure nullum esse, uti docet ZIEGL. *ad Inst. Jur. Canon. l. 3. th. 2. verb. Syndicus.*

XIII. SYNDICUM *constituit* vel lex, vel lege deficiente, *universitas* a Principe confirmata *l. 1. l. 3. ff. h. t.* FRANZ. *C. ff. h. t. n. 3.* quæ si *ordinata* est, i. e. certum habet ordinem regentem, causasque judiciales curantem, ordinis illius major pars consentiens Syndicum facit: si *minus ordinata*, ut in pagis accidit, in universitate numerosa majoris partis; non numerosa, singulorum consensus & subscriptio requiritur, nisi desuper instrumentum confectum BERL. *P. 1. Concl. 14. n 88.* vel constitutio judicialiter facta sit, adeo ut nequidem Tutores nomine pupillorum, curatores nomine viduarum, a subscriptione sint excludendi, Syndico necessitate cum Syndicatu Curatoria & Tutoria exhibendi imposita. *v. l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. §. 1. ff. h. t. vid.* CARPZOV. P. 1. *C. 1. d 7. id. Proc. T. 5. art. 4. num. 33 seqq.* HAHN. *ad* WES. *h. t. n. 2. verb. Nec enim.* Quæ & similia e consuetudine præcipue æstimanda sunt. *v. l. 6. pr. ff. h.*

XIV. SYNDICUS *constitui potest* non tantum, qui e corpore universitatis est, sed *etiam extraneus v. l. 1. §. f. ff. h.* CARPZ. *P. 1. C. 1. d. 7.* HAHN. *h. t. num 5.* & patris suffragium filio, filiique patri prodest *l. 5. ff. h.* imo, ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque, quem decernunt, numerari potest. *l. 4. ff. h.* Officium Syndici idem est, quod Procuratoris, & *præsumitur* is legitime constitutus *habere mandatum cum libera, secundum* GAIL. *l. 2. Obs. 72. n. 11.* nec removetur unus, Syndicis duobus constitutis, a Judicio, si solus compareat. *v. l. 32. ff. de procur.* CARPZOV.

*Dec.* 26. Idem *Proc. t.* 5. *art.* 4. *num.* 5. ad delatum juramentum vero præstandum, Syndicus, ut talis, non admittitur, sed illud a tribus, quatuorve membris universitatis, exactissimam causæ notitiam habentibus, persolvitur. *P.* 1. *Const. El.* 13. *ibique* Carpz. *d. l.* 32. *item Magn.* Aut. *S. J. C. Ex.* 7. *th.* 44.

XV. Quodsi Procuratores, de quibus actum est, pecuniam acceperint, ut per *calumniam* alicui negotium facerent, vel non facerent. *l.* 1. *ff. h. t. l.* 3. §. 1. *ff. eod. Prætor* in eos *actionem in factum* concessit, quæ est personalis, pœnalis mixta, & datur illi, cujus intuitu pecunia data, vel promissa est, ut ei negotium fieret, vel non fieret, non heredibus *l.* 4. *ff. h t.* adversus accipientem, non heredes *l.* 5. *ff. h.* ad hoc, ut intra annum quadruplum, post annum simplum præstent. *l.* 1. *ff. h.* Hanc actionem exolevisse dicit Groenew. *de LL. abrog. h. t.* infrequentem eam esse sentio cum Eck. *C. ff. h. t.* § 5.

## Titulus III. De Magistratibus Romanis.

Actores & Rei, una cum personis, pro ipsis in judicio comparentibus, visi sunt in superioribus, a quibus ad Judices transeundum est, qui cum Jure Romano diversæ potestatis fuerint, eorumque conditio ad nostram Rempublicam referri, non nisi cum aliqua difficultate possit. *v.* Groenew. *de LL. abrog. t. de senat.* Magistratus Romanos in subsequentibus magis attingere, quam exponere lubet.

### L. 1. ff. t. 10. De officio Consul.

I. Magistratus *dici potest* persona publica quæ jurisdictioni præest *v. l.* 1. *ff. de Off. ej. cui mand. Dividitur in Urbanum & Provincialem;* ille in ipsa urbe Roma, hic in provincia jus dicebat. *Urbanus* erat vel *ordinarius*, qui semper erat in Republica. *Extraordinarius*, qui emergente necessitate eligebatur. Ad *Magistratum Urbanum* refero (1) *Consulem*, qui senatui præerat. Hujus post refugium magna fuit dignitas. *v. l.* 8. *C. de dignit.* & potestas *l.* 2. *ſ.* 16. *ff. de O. J.* Franz. *C. ff. h. t. num.* 3. Quæ restricta est per provocationem ab eo concessam, prohibitamque in caput civis Romani animadversionem *d. l.* Tempore Ulpiani Consules voluntariam & contentiosam Jurisdictionem habuisse videntur. *l. un. ff. h. t. item l.* 57. *ff. de re jud. item l.* 5. §. 1. *ff. de off. ej. cui mand. Jurisd.* Hahn. *ad* Wesenb. *h. t. verb. Ea.* Conf. *Magnif.* Auctor. *S. J. C. Ex.* 4. *th.* 11.

### L. 1. ff. t. 11. De officio Præfecti Prætorio.

II. (2) Praefectum *Prætorio*. Qui ab initio cohortibus aulæ (i. e. militibus, quos in sui custodiam alebant Principes) præfuit, & res militares tractavit postea causis civilibus adhibitus est, & adeo potestate crevit, ut ab ipsius sententia non appellaretur. *l. un. ſ.* 1. *ff. h. t.* sed supplicatio admitteretur. *l. un. C. de Sent. Pref. Prat. item l.* 17. *ff. de min.* Hahn. *ad* Wes *h. t.* Tandem plures Præfecti Prætorio creati, diversisque regionibus, ut administratores, præpositi sunt. *v.* Franz. *C. ff. h. t. num.* 5. *seqq. Magn.* Auct. *S. J. C. Ex.* 4. *th.* 14. *seqq.*

L. 1. ff. t. 12. De officio Præfecti Urbi.

III. (3) PRAEFECTUM *urbi*, cujus Magistratus extraordinarius sub Regibus & Consulibus fuit, quia Regibus & Consulibus ob bella &c. abeuntibus, eligebatur. Sub Imperatoribus ordinarius extitit. FRANZ. *C. ff. h. t. n.* 11. *&* 12. atque jus dixit in criminalibus in urbe & extra eam, usque ad centesimum lapidem. *l.* 1. *pr. & §.* 4. *ff. h. t. v. l.* 7. *l. f. C. ad L. Fab. de Plag.* WISS. *ad π. P.* 1. *D.* 5. *th.* 5. at in civilibus quibusdam tantum causis cognitionem habuit. *l.* 1. §. 9. 11. *ff. eod. v.* FRANZ. *C. ff. h. t. n.* 9. *Magn.* AUCT. *S. J. C. h. t. th.* 17.

L. 1. ff. t. 13. De officio Quæstoris.

IV. (4) QUAESTOREM. Quæstorum alii erant capitales, alii pecuniæ publicæ *v. l.* 2. §. 22. *&* 23. *ff. de O. J. hi vel provinciales,* qui cum Proconsulibus & Proprætoribus in provincias ibant: *vel urbani*, qui ærarii curam gerebant *v.* HILDEB. *in Antiqu. Rom. v. Quæstor.* Sub Imperatoribus deinde Quæstorum munus ingressus, & quasi primordium gerendorum honorum, sententiæque in senatu dicendæ fuit. *l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* Imo Justitiæ administrandæ directio. Tandem in aula ipsis commissa est responsorum principis subnotatio &c. *Aut. Gloriosissimi C. de divers. rescript. l.* 32. §. 2. *C. de Appell. Magn.* AUCTOR. *S. J. C. h. t, th.* 20. FRANZ. *C. ff. h. t. n.* 9.

L. 1. ff. t. 14. De officio Prætorum.

V. (5) PRAETOREM. Hic vel *Urbanus* dicebatur, & inter cives, vel *peregrinus*, & inter peregrinos jus reddebat. *l.* 2. §. 27. *&* 28. *ff. de O. I.* Jus ipse dicebat de causis non criminalibus, sed civilibus: *l.* 1. *§. f. ff. de Susp. Tut. item l.* 8. *ff. de Just. & Jur.* præcipue per tria verba solennia: do, dico, addico *v.* BRISSON. *de formul. l.* 5. *p.* 465. Illius auctoritas sub Imperatoribus magis magisque deminuta est, unde ea, quæ voluntariæ sunt Jurisdictionis, principaliter expedivit *v. l.* 1. *C. h. t. item l. f. C. de præd. & al. reb. min.* Denique *l.* 3. *ff. t.* res judicatas a Magistratu inhabili, per errorem dato, propter utilitatem publicam sustineri, non communem errorem jus facere, probat. *v.* JAC. GOTHOFRED. *Differt. ad d. l.* HAHN. *ad* WES. *h. t. verb. omnis.* qui eam ad Magistratus, a Tyrannis constitutos, applicat. FRANZ. *C. h. t. & Magn.* AUCTOR. *S. J. C. h. t. th.* 23. 25.

L. 1. ff. t. 15. De officio Præfecti Vigilum.

VI. (6) PRAEFECTUM *vigilum*, qui Magistratus fuit Extraordinarius. *l.* 2. §. 33. *ff. de O. J.* ab Augusto constitutus *l.* 1. *ff. h. t.* FRANZ. *C. ff. h. t. num.* 2. cognitionem de incendiis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus habuit. *l.* 3. *§. f. ff. h.* & jus fustibus, flagellisque cædendi, *l.* 4. *ff. h.* non animadvertendi in criminalibus *d. l.* 3. *§. f. ff. l. un. C. eod.* Hic Magistratus successu temporis sua auctoritate cecidit. *Magn.* AUCTOR. *S. J. C. h. t. th.* 28. Cæterum ex *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* colligitur, incendium in dubio culpa habitantium excitatum præsumi *v.* HAHN. *ad* WES. *h. t. verb. Per negligentiam.*

L. 1. ff. t. 16. De officio Proconsulis & Legati.

VII. CONSIDERAVIMUS huc usque Magistratus Urbanos, progrediendum ad *Provinciales*, quibus accensetur (1) *Proconsul* (ejus originem *v. ap.* FRANZ. *h. t.*)

qui in provinciam mittebatur, eandem regeret per ſpatium annuum, jus in cauſis civilibus tam voluntariæ, quam contentioſæ Juriſdictionis, & criminalibus, dicendo. *l. 2. l. 6. l. 10. l. 11. h. t.* Utitur autem Juriſdictione contentioſa ingreſſus Provinciam *l. 4. §. f. ff. h.* voluntaria egreſſus urbe. *l. 2. ff. h. t. v.* FRANZ. *num.* 11. Proconſuli adjungebatur *Legatus*, ut ei, ſi opus eſſet, Juriſdictio mandaretur. *l. 5. l. 6. §. 1. ff. h. t.* qui proinde nudus mandatarius non erat, hinc & ab eo ad Proconſulem provocari poterat. *l. 2. ff. Quis & a quo appell. item l. 1. §. 1. ff. de off. ej. cui mand.* & cauſarum criminalium cognitionem, non ſententiæ dictionem habebat. *l. 6. ff. h. t. item l. un. C. h. t.* FRANZ. *h. t. n.* 21. WISS. *h. t. th.* 10.

L. 1. ff. t. 17. De officio Præfecti Auguſtalis.

VIII. (2) PRAEFECTUS *Auguſtalis* ab Auguſto ſic dicitur, & Ægypto præfectus eſt, cauſas civiles voluntariæ, *l. 21. ff. de manum. vind.* & contentioſæ Juriſdictionis tractavit. *l. un. ff. h.* tributaque, etiam per militare auxilium, exegit. *l. 1. C. h. t.*

L. 1. ff. t. 18. De officio Præſidis.

IX. (3) PRAESES, qui ad provinciam regendam mittebatur tamdiu, quamdiu Principi placebat, in cauſa civili voluntariæ & contentioſæ Juriſdictionis, item criminali Juris dicendi poteſtatem habebat *l. 2. l. 3. l. 16. ff. h. t.* & deportare, ſi generalis erat, non prohibebatur. *v. l. 6. §. f. ff. h. l. 2. §. 1. ff. de Pœn.* WISS. *h. th.* 13. Conf. HAHN. *ad* WES. *h. t.* Præterea malos homines conquirendo, pacatam ſervare provinciam *l. 13. ff. h. t.* non quod factum, ſed faciendum eſt ſpectare. *l. 12. ff. h. t.* dignitatisque contemtum, in converſatione cum provincialibus, evitare jubebatur. *l. 19. ff. h. t.*

L. 1. ff. t. 19. De officio Procuratoris Cæſaris vel Rationalis.

X. (4) PROCURATOR *Cæſaris vel Rationalis* fiſcalibus cauſis in provinciis præfectus erat, & ſucceſſu temporis aliquam inter fiſcum, & privatos, Juriſdictionem nanciſcebatur, *l. 5. C. ubi cauſ. ſtat. l. 9. ff. de Off. Proconſ.* in quo hoc præcipuum eſt, quod Cæſare herede inſtituto, miſcendo ſe hereditati, Cæſarem heredem facit. *l. 1. §. f. ff. h. t.* WISS. *h. t. th.* 17. Conf. *Magn.* AUCT. *S J. C. h. t. item* FRANZ. *h. t.*

L. 1. ff. t. 20. De officio Juridici.

XI. (5) JURIDICUS *Alexandriæ*, qui Præfecto Auguſtali adjunctus eſt, Alexandriæ Jus dixit, tutoris dandi facultatem *l. f. ff. h. t.* legis actionem *l. 1. ff. h. t.* & jus inſinuationes ad acta referendi habuit. *l. 1. C. h.* HAHN. *ad* WES. *h. t. verb. Adeo.*

L. 1. ff. t. 21. De officio ejus, cui mandata eſt juriſdictio.

XII. QUIA Magiſtratus non raro impediuntur, quo minus ipſi jus dicant, Juriſdictionem ſuam alii mandare ſolent. *At mandare Juriſdictionem* is demum *poteſt*, qui eam ſuo jure *l. 5. ff. de Juriſd.* non alieno beneficio, actu, *l. 4. §. f. ff. de Off. Proc.* non potentia habet. Item *mandari debet Juriſdictio*, quæ mandari non prohibetur, non Juriſdictio extraordinaria, aut merum Imperium. *l. 1. ff. h. t. Mandari* tamen *illi* tantum *poteſt* Juriſdictio, qui habilis eſt naturaliter & civiliter *l. 12. §. 2. ff. de Jud. item l. 43. §. 1. de Procur. l. un. C. Qui pro ſua Juriſd.* is vero, cui mandata eſt Juriſdictio

eadem ſecundum mandati vel generalis, vel ſpecialis modum formaliter aut virtualiter expreſſum, uti debet *l.* 16. *l.* 17. *ff. de Juriſdiction item l. f.* §. 1. *ff. h. t. l.* 2. *ff. de Juriſd.* Tandemque *tollitur* mandata juriſdictio mandantis revocatione *l.* 18 *ff. de jud.* & morte, re adhuc integra, interveniente. *l.* 6. *ff. de Juriſdict.*

L. 1. ff. t. 22. De officio Aſſeſſorum.

XIII. MAGISTRATUI ſolebat adjungi *Aſſeſſor*, qui conſiliis ipſum adjuvaret. *L.* 7. *C. h. t.* quicquid hic in eo officio quæſierat, peculio quaſi caſtrenſi cedebat. *d. l. Apud nos* Judici adjunguntur *Scabini, die Gerichts- Schoppen*, qui una cum judice judicium conſtituunt, eorumque præſentia adeo neceſſaria eſſe creditur, ut ELECT. SAX. in *Dec. Nov.* 73. inſinuationem Teſtamenti, Actuario ſoli factam, pro inutili habeat, niſi periculum fuiſſe in mora idem judicialiter atteſtetur. DEC. N. 45. quo de antea diſputatum eſt a CARPZOV. *Proc. t.* 2. *art.* 4. *num.* 32. *ſeqq. item l.* 6. *Reſp.* 12. Conf. BERL. *P.* 1. *Concl.* 8. *num.* 6. *ſeqq.*

XIV. NON prætereundus eſt hoc loco *Actuarius*, qui adeo neceſſarius eſt in judicio, ut ob defectum illius acta nullitatis vitium incurrant. ORD. CAM. *P.* 1. *t.* 59. PHIL. *ad O. P. S. t.* 2. *Conf.* 2. *n.* 5. *ubi præjud.* & *eſt* publica perſona, acta in judicio conſcribens mandato judicis *v. c.* 11. *X. de Probat.* Ad officium Actuarii non admittendus eſt, niſi Juris peritus & idoneus, isque ſe judicio juramento ſpeciali obſtringere debet *O. P. S. t.* 2. §. *Wir ubi* PHIL. *Conf.* 4. *Except. v. Conf.* 5. (Notarium requirit BERL. *P.* 1. *Con* 8. *n.* 6. CARPZOV. *Proc. t.* 2. *art.* 4. *num.* 52. quod in criminalibus tantum ſtatuendum, vel Notarium Actuario adjungendum eſſe, declarat DEC. NOV. EL. 48. *ibidemque* PHIL. *Obſ.* 2.) *Officium illius* eſt omnia in judicio acta, propria manu, præſente judice aut aſſeſſoribus, conſcribere, videlicet citationes, dilationes, recuſationes, exceptiones, petitiones, reſponſiones, interrogationes, confeſſiones, Inſtrumentorum productiones, recognitiones, teſtium depoſitiones, concluſiones, interlocutiones, ſententias, Appellationes, Leuterationes, & cætera in judicio occurrentia, adjecto tempore, nominatisque perſonis fideliter & diligenter. Et ea quidem Acta originaliter in judicii ſcrinio conſervare debet, ut contentione deſuper exorta, veritas haberi queat: id quod tradit CARPZOV. *Proc. t.* 2. *art.* 4. *n.* 40. *ſeq.* & BERL. *P.* 1. *Concl.* 8. *n.* 18. *ſeqq.*

L. 1. ff. t. 2. Quod quisque Juris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur.

XV. COMMUNE Judicibus & Aſſeſſoribus eſt, quod, *ſi quid iniqui juris in partes litigantes ſtatuerint, eodem ipſi*, ſecundum naturalem æquitatem *utantur. l.* 1. *l.* 2. *ff. h. t.* de quo cavet Prætor Edicto ſuo in *l.* 1. *ff. h. t.* cujus prior pars agit de magiſtratu, qui novum jus ſtatuit, poſterior de litigante, qui novum jus obtinuit, & *datur inde actio in factum* læſo. & cuivis in ſimili cauſa experienti. *l.* 3. §. 2. *ff. h. t.* adverſus Magiſtratum, qui jus iniquum ſtatuit cum effectu. *l.* 1. §. *f. ff. h. t.* aut eum, qui jus iniquum obtinuit, licet eo uſus non ſit *l.* 3. *ff. h. t.* ejusque heredes. *l.* 3. § 5. *ff. h. t. v. Magn.* AUCTOR. *de Vind. Privat. cap.* 11. *aph.* 9. ad hoc, ut Magiſtratus aut pars in iiſdem cauſis idem jus patiatur. *d. l.* 1. Verum ex hoc Edicto agi non poteſt contra Magiſtratum aut partem, quæ ſecundum Edicti formulam, iniquum jus adverſus Magiſtratum

tum partemve retorquet. *l.* 4. *ff. h. t. Hodie* ex fundamento hujus Edicti idem jus retorquetur adversus debitorem, qui inducias moratorias impetravit. BERL. *P.* 3 *Concl.* 5. *num.* 10. adversus civitatem, quæ jus detractionis in transferenda hereditate exercuit, aut præstationem Geradæ vel Heergewettæ denegavit: quæ retorsio postremis casibus ab ipso Magistratu exercenda est, secundum *P.* 3. CONST. EL. 38. ubi CARPZOV. *d.* 1. 2. *seqq.* HAHN. *ad* WES. *h. verb. diligentia. & latiss. Magn.* AUCTOR. *dict. diss. de vind. priv. cap.* 11. *aph.* 13. *seqq.*

## TITULUS IV. SI QUIS JUS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT. L. 2. ff. t. 3.

I. IN ipso processu Magistratibus *necessaria* est *Jurisdictionis* suæ *defensio*, si litigans, quod extremum est in Jurisdictione, non fecit, e. g. rem mobilem via executiva auferri passus non est. *l. un.* §. 1. *ff. h. t.* v. BACH. *V.* 1. *d.* 4. *th.* 9. *l. d. & t.* unde adversus ipsum *prodita est actio*, quæ est pœnalis, & competit cuivis ex populo FRANZ. *C. ff. h. t. num.* 8. adversus contumaces, ad hoc, ut quanti est contemtus Magistratus, præstetur. *l.* 1. *§. f. ff. h. t.* HAHN. *ad* WES. *h. t. num.* 2. *verb. Quid. Hodie* multi sunt coërcendi contumaciam modi, ut: incarceratio personæ, captura pignorum, denegatio audientiæ, missio in bonorum possessionem, sequestratio rei &c. *v.* WESENB. *Com. ff. h. t. n.* 6.

L. 2. ff. t. 4. De in jus vocando.

II. MAGISTRATUS etiam est providere, ut in jus vocatio decenter fiat. Hinc *Prætor alios omnino, alios, non impetrata venia, vocare prohibet. Illis* annumerandi sunt ob potestatem: Consules, Proconsules &c. ob causæ favorem: sacra facientes, funus uxoremve ducentes. *l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.* quod *hodie* observari testis est HAHN. *h. t. n.* 5. *verb. Qui.* ob imbecillitatem: furiosi & infantes *l.* 4. *ff. h. t. His* accensendi sunt Parentes, Patroni, similesve personæ, quibus singularis reverentia debetur. *l.* 4. §. 1. *ff. h. t. l.* 13. *ff. eod.* Sed veniæ impetrationem *hodie* non esse necessariam docet CARZOV. *P.* 1. *C.* 2. *d.* 26. PHIL. *ad O. P. S. t.* 4. *Conf.* 7. *Dedit* autem *Prætor vocato* adversus eum, qui sine venia prohibitum in jus vocaverat, *actionem* pœnalem ad præstandos 50. aureos, aut sustinendam in casu inopiæ pœnam corporis afflictivam *l.* 24. *l.* 25. *ff. h. t.* De citatione actum est *Jurispr. l.* 4. *t.* 8. *art.* 4.

*L.* 2. *ff. t.* 5. *Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debet.*

III. IN jus vocatus comparere debet, ne a competente judice mulcta damnetur. *l.* 2. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* a qua rusticitas, & dies feriatus vocatum liberat. *d §.* 1. Sed *quid si judex sit incompetens?* Aut notoria est incompetentia, aut dubia: priori casu non opus est, posteriori opus est comparitione, ut hoc ipso sciatur, an Judex sit competens. *l.* 2. *ff. h. item l.* 5. *ff. de Jurisd.* HAHN. *ad* WESENB. *h. t. n.* 1. *Magn.* AUCT. *S. J. C. Ex.* 5. *th.* 14. *vid.* CARPZ. *Proc. t.* 9. *art.* 2. *num.* 8. *seqq.* Atque ita Magistra-

tum *hodie* adversus contumacem agere posse ad solvendam mulctam, existimat. HAHN. *l. c.*

L. 2. ff. t. 6. In jus vocati, ut eant, aut satis, vel cautum dent.

IV. NECESSITATEM eundi ad judicium effugiebat, qui per fidejussores idoneos rei quantitatis, & conveniendi facilitatis *l. 2. ff. Qui satisd. cog.* cavebat; at *in personis necessitudine junctis qualiscunque fidejussor* sub pœna 50 aureorum accipiendus erat. *l. 2. ff. h. t.*

L. 2. ff. t. 7. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

V. UT *autoritas Judicis conservaretur*, *concedit Prætor actionem in factum* ei, qui in jus quemquam vocaverat, adversus eum, qui in jus vocatum vi exemerat, ad hoc, ut quanti ea res ab actore etiam per calumniam æstimata fuerit, præstaretur. *l. 5. §. 1. ff. h. t.*

L. 2. ff. t. 9. Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

VI. CAUTIONE *judicio sisti opus* erat olim etiam tum, *quando ex noxali causa agebatur*, qui noxa caput sequebatur, *l. 2. ff. h. t.* adeoque, ne adversarius eluderetur, expediebat in eadem causa servum sisti *l. 2. ff. h. t.*

L. 2. ff. t. 10. De eo per quem factum erit, quo minus in judicio quis sistat.

VII. SI *quis judicio sistere se volentem impediat*, dolum impedientis coërcere æquissimum putavit *Prætor*, hinc *concessit actionem in factum* ei, cujus interest non esse in sistendo impeditum, sive actori sive reo *v. l. 3. §. 2. ff. h.* adversus eum, per quem factum est, quo minus se judicio quis sisteret, ad hoc, ut præstet id quod interest *l. 3. §. f. ff. h. t.*

L. 2. ff. t. 11. Si quis Cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperarit.

VIII. SI *quis cautionibus*, *in judicio sistendi causa factis*, *non obtemperaverit*, committitur stipulatio; & *datur inde*, certa licitaque quantitate promissa, *actio* ex stipulatu ad illius præstationem, incerta quantitate promissa, condictio incerti ad id, quod intereat eo tempore, quo sisti quis debebat. l. 3. *ff. si quis in jus voc. non ierit. l. 12. §. 1. ff. h. t.* Quodsi autem is, qui sistere se debuit, ob legitimum impedimentum non stetit, tribuenda ei exceptio. *l. 2. §. 1. ff. h. t. Sunt* autem *legitima impedimenta:* Captivitas *l. 4. §. 1. ff. h. t.* Ægritudo. *l. 2. §. 3.* Peregrinatio, *arg. l. 2. § 8.* Expeditio publica, *l. 6. h. t. v.* LAND-R. *l. 2. art 7.* Tempestas, vis fluminis. *l. 2. §. 3. ff. h.* Mulieris citatæ puerperium §. 4. Funus domesticum ducendum *l. 4. § 4.* Bellorum motus & hostilitates, motus pestilentiæ, mors & sonticus morbus conjugis aut librorum, morbus aut defectus Advocati, aut Procuratoris. *add. l. 2. §. f. ff. h. t. quæ* & alia, cum sufficientibus circumstantiis, *summariter*, aliquando etiam rei juramento, *probari* sufficit. *d. art. 7.* LAND-R. CARPZOV. *Proc. t. 8. num. 40. seqq.* HAHN. *ad* WES. *h. t. num 2. verb. in verb.* Conf. BERL. *P. 1. Concl. 17. num. 48. seqq.*

## TITULUS V. QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR.

L. 44. ff. t. 5.

I. PARTES citatæ in judicio suas opponunt *exceptiones*, quarum aliæ dicuntur esse *negativa*, sive facti & intentionis, aliæ *affirmativa*, seu juris &

actionis. *Illæ* ipso jure intentionem, hæ per modum allegationis actionem competentem excludunt. Ad illas referri potest (1) *Exceptio onerandæ libertatis causa*, quæ liberto datur adversus patronum, qui onerandæ libertatis causa promissum exigit. *l.* 1. §. 5. *ff. h. t.* (2) *Exceptio de eo, quod in alea gestum est*, competens collusori re evicta, quam in alea vendidit, ut luderet. *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Proponitur eodem cum illis Titulo *exceptio præstiti jurisjurandi*, quæ illi, qui, deferente adversario, voluntarium jusjurandum juravit, adversus eundem, ex eadem causa eandem rem petentem competit. *l.* 37. *ff. de jurejur. item* VINN. *C. J. ad* § 4. *de Except.*

L. 2. ff. t. 12. De feriis & dilat. & div. temp.

II. EXCEPTIONES juris, quæ proprie tales dici possunt, in dilatorias & peremtorias abeunt. E dilatoriis reliquum est, ut *Exceptionem feriarum* consideramus. *Sunt* autem *Feriæ* dies a Judicialibus actibus vacui. *l.* 9. *ff. h. t.* & dispescuntur (1) in divinas & humanas. *Divinæ* cultui divino sunt destinatæ; appellanturque festa, quæ sunt vel immobilia vel mobilia. Item aliæ sunt integræ, aliæ semiferiæ, ut dies Apostolorum. FRANZ. *C. ff. h. t. num.* 19. Humanæ feriæ hominum gratia sunt constitutæ, dicunturque vel esse *necessaria*, ut vindemiarum, messium, quæ incipiunt a die octavo Julii, finiunturque cum die 14. Augusti. REC. IMP. *Wormat. de anno* 1512. nundinarum *v. P.* 1. CONST. EL. 30. *ibique* CARPZOV. *d.* 23. *seqq.* Vel *Honoraria*, quæ in honorem, recordationemque singularem celebrantur: ut Natales Principis, civitatis. *v. l.* 7. *C. h. t.* Dividuntur (2) in *Ordinarias*, quæ certo jure constitutæ, certis temporibus recurrunt, & *Extraordinarias*, seu repentinas, quæ pro re nata indicuntur. *l.* 26. §. 7. *ff. Ex quib. caus. maj.* In *feriis divinis judicialiter gesta* nulla sunt. *v. l.* 7. *C. h. t. c. f. X. eod.* adeoque non opus exceptione, at *in feriis humanis*, veluti vindemiarum, nundinarum, messium &c. exceptio feriarum, etiam specialiter in iisdem non occupatis, prodest. *v. l.* 1. *ff. h. t.* CARPZOV. *P.* 1. *C.* 1. *d.* 22. *id. Proc. t.* 10. *n.* 9. *&* 10. *seqq.* HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 7. *nisi* feriarum exceptioni *sit renunciatum* vel expresse, vel tacite, eandem omittendo: *v. l.* 6. *ff. h. c. f. X. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* quæ renunciatio in feriis, ob utilitatem privatorum directo introductis, tantum obtinet, accedente Judicis consensu. *v. c.* 1. *X. h. t.* THESAUR. *Dec.* 39. *num.* 2. HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 8. FRANZ. *C. ff. h. t. num.* 8. ZIEGL. *ad Inst. Jur. Canon. l.* 3. *t.* 5. §. 8.

L. 44. ff. t. 2. De Exceptione rei judicatæ.

III. INTER exceptiones peremtorias non omittenda est (1) *Exceptio rei judicatæ*, quæ est peremtoria. *l.* 3. *ff. de Except.* reique cohærens. *l.* 7. §. 1. *ff. eod.* & datur reo adversus eum, qui idem, ab eodem, ex eadem causa petit. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 14. *ff. h. t.* Hæc exceptio strictissimæ est interpretationis. *l.* 1. *ff. h. t.* & tertio non præjudicat CARPZOV. *P.* 1. *C.* 26. *d.* 15. nisi is omnino eandem habeat obtinendi rationem. *v. l.* 8. §. 16. *ff. de inoff. test. id. Proc. t.* 16. *art.* 4. *num.* 24. *seqq.*

L. 21. ff. t. 3. De Exceptione rei venditæ & traditæ.

IV. (2) EXCEPTIO *rei venditæ & traditæ*, quæ est peremtoria, & emtori ejusque successoribus *l. f. ff. h. t.* adversus eum, qui rem alienam vendidit, ejusque dominium postea consecutus est, nec non illius successores universales & singulares *l.* 17.

*ff. de Evict. l.* 1. *l. f.* §. 1. *ff. h. t.* competit FRANZ. *Com. ff. h. t. n* 4. *seq.* Quando effectum non habeat hæc exceptio, vid. *apud* HAHN. *ad Wes. h. t. num.* 3. Est autem in arbitrio emtoris, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata de evictione agere. *l.* 17. *ff. de Evict. Magn.* AUCT. *S. I. C. Ex.*27. *th.*39.

L. 44. ff. t. 6. De litigiosis. L. 4. ff t. 7. De alienatione judicii mutandi causa facta.

V. (3) EXCEPTIO *litigiosi*, qua is qui rem litigiosam emit, vel per aliam speciem contractus sibi comparavit, repellitur. *l.* 1. *l* 4. *pr. C h. t. Dicitur* autem *res* esse *litigiosa*, de cujus dominio controversia movetur, AUTH. *Litigiosa. C. de Litigios.* GAIL. *l.* 1. *Obs.* 118. *num.* 5. Quodsi vero non de dominio rei, sed aliquo jure, rei inhærente, ut pignore, arresto, servitute, controvertitur, jus illud efficitur litigiosum, non res ipsa. *v. l.* 3. *C. h. t.* CARPZOV. *l.* 1. *Resp.* 102. *n.* 4. & 5. FRANZ. *l.* 1. *Res.* 11. *n.* 21. & 22. Actiones sive personales sive reales litis contestatione demum fiunt litigiosæ, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 31. *C. Commun div. Authent. litigiosa. C. h. t. j. l.* 1. *C. Quando lib. princ. obl.* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t.* Vitium litigiosi facit, ut res alienari non possit exceptis casibus in *l.* 4. §. 1. *C. h. t.* FRANZ. *d. Res. n.* 75. *seqq.* eademque alienata, executio recte adversus tertium possessorem fiat. *v. l.* 2. *C. h. t.* CARPZOV. *l.* 1. *Resp* 27. *num.* 10. GAIL. *l.* 1. *Obs.* 118. *num.* 2. HAHN. *ad Wesenb. h. t. num.* 1. de pœna rem litigiosam alienantium *v.* HAHN. *c. l.* FRANZ. *c. l. num.* 107. *seqq* Ex his manifestum est, aliam esse *rem* litigiosam, aliam *judicii futuri mutandi causa*, dolo malo *alienatam*. *l* 8. §. 1. *l.* 4. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. *ff. h. t.* qua alienatione suscepta Proconsul dedit *actionem in factum* arbitrariam *l.* 8. *ff. h. t.* rei persecutoriam. *l.* 4. §. *f. ff. h. t.* quæ competit per hanc alienationem læso, adversus lædentem ad hoc, quod interest alium adversarium non habuisse. *l.* 1. *l.* 4. §. 5. *ff. h. t.*

L. 43. ff. t. 2. De confessis. L. 11. ff. t 1. De interrogat. in jur. fac. & interrogat. act.

VI. TAM agentes, quam excipientes in judicio ad probationem sunt devincti. *a. l* 4 *C. de Edend. l.* 1. *ff. de Except.* a qua relevat confessio. *Est* autem *confessio* facti cujusdam certa assertio, in asserentis præjudicium facta. Dividitur in Civilem & Criminalem, de hac *Jprud. L.* 4. *t.* 21 *aph* 14. actum. *Civilis* est, quæ fit in causa civili, *vel in judicio* ab habili persona *l.* 6. §. 5. *ff. h.* apud judicem competentem. *c.* 4. *X. de jud.* præsente adversario, de re certa. *l* 6. *pr* & §. 3. & vim plenæ probationis habet, atque per eam, de tota causa factam, ante litem contestatam paratæ executioni, post litem contestatam sententiæ ferendæ aperitur via. *a. l. un. C. de Confess. l.* 21. *j. l.* 74. *ff. de Jud. l.* 3. *ff. h.* GAIL. *l.* 2. *Obs.* 106. *n.* 2. HAHN. *ad* WES. *h. t. n.* 8. *vel extra judicium*, & hanc ab adversario acceptatam plenam; non acceptatam, semiplenam facere probationem, statuit CARPZ. *P.* 1. *C.* 16. *d.* 21. Conf. LAUTERB. *V.* 1. *D.* 6. *de Confess. th.* 45. Ab hac Confessione differt ea, quæ ad interrogationem actoris fiebat olim in judicio, ad fundandam actionem *l* 4. *ff. h. t.* atque ex ea nascebatur *actio interrogatoria*, quæ actio licet *hodie* ab usu recessisse videatur, non tamen omnem interrogationum utilitatem sublatam esse, credit FRANZ. *C. ff. h. t. n.* 14. *item* GROENEW. *de LL. abrogat. h. t. pr.* neque prohibetur judex, quoties ipsum æquitas movet. *l.* 21. *ff. h. t.* & pars litigans per positiones, *c.* 2. *de Confess. in* 6. adversarium interrogare, de quibus Positionibus Conf. HAHN. *ad Wes. h. t. num.* 5. & *lat.* LAUTERB. *Comp. Jur. h. t.*

L. 43. ff. t. 4. Quib. in causis in Poss. eatur.

VII. OB *contumaciam rei* latitantis *Prator missionem decernit*, quæ non possessionem, sed custodiam tribuit. *l.2. l.12. ff. h. t.* ut reus tædio affectus se sistat. *l.5. ff. ut in possess. legat. vel fideic.* at si fraudationis causa tum porro latitet, nec defendatur ejus bona possideri, vendique jubet. *l.2. §. 1. ff. h. t.* De modo procedendi *in Camera*, adversus contumaces *v. Magn.* AUCTOR. *S. I. C. Ex.44. th.41. item Jurisprud. l.4. t.8. a.10. de Jure Saxonico.*

## TITULUS VI. QUAE SENTENTIAE, SINE APPELLATIONE RESCINDANTUR. L.49. ff. t.8.

I. DENIQUE fertur a Judice sententia, quæ si iniqua partibus videtur, appellandum est, *l.1. ff. de Appell.* dummodo *sententia* sit valida: *invalidam* enim rescindi opus non *est;* veluti *cum lata est*, (1) adversus solidum Judiciorum ordinem *l.4. C. de interd.* aut jus expresse constitutum. *l.1. §.2. ff. h. t.* WISS. *ad π. P.2. d. 38. th.30.* CARPZOV. *Proc. t.16. a.4 n.59.* (2) adversus non citatum. *l.1. §.3. ff. h.* (3) adversus mortuum. *l.59. §. f. ff. de re jud. l.2. ff. h.* (4) adversus rem judicatam. *l.1. C. Quando prov. non est nec.* CARPZ. *l.3. Resp.96. n 3. seqq.* (5) ita ut contineat impossibile *l. f. ff. h.* aut (6) errorem calculi. *l.1. §.1. ff. h. t.* WESENB. *C. ff. h. t. n.1. & 2.* (7) in causa propria. *l. un. C. Ne quis in sua caus.* (8) a Judice incompetente *l.1. C. Si a non comp.* CARPZOV. *Proc. tit. 16. a.4. num.55. seqq.* Quodsi autem in describenda sententia error commissus est, hic per appellationem, aut Jure Saxonico leuterationem corrigi debet, nisi ex actis sit manifestissimus. IDEM *d. l. art.2. n.17.*

L. 49. ff. t. 2. A quibus appellari non licet.

II. APPELLARI *potest a Judicibus, qui superiorem agnoscunt l.1. §.1. ff. h t. c.3. de Appell. in 6.* nec toleranda est Appellatio a Principe male informato ad melius informandum *dd. LL* BACH *v. 2. d.33. thes.4. l. d. verb. Item.* CARPZOV. *Proc. t.18. art.1. num.26. seqq.* Quodsi vero partes etiam apud Judicem, qui superiorem habet, Appellationi renunciarint. *l.1. §.3. ff. h. t.* aut eidem privilegium de non appellando datum sit, *l.1. §.2. ff. h. cessat appellatio.* Ita *jus de non appellando* Electoribus in *cap. 11. Aur. bull.* (*ubi v. Limn.*) concessum est, quo Elector Saxonicus & Brandenburgicus hodieque utuntur. HAHN. *ad Wes. h. t. num. 2.* imo privilegium illud non soli Electori, sed omnibus Saxoniæ Ducibus tributum est. CARPZOV. *P.1. C.20. d.25.* verum in Episcopatibus Numburgensi, Martisburgensi, & Misnensi alternative, vel ad Aulam Electoralem, vel ad Cameram Imperialem dirigi potest Appellatio. CARPZOV. *d. t. num.21. 63.*

L.49. ff t. 5. De appellationibus recipiendis vel non.

III. RECIPIENDA *est Appellatio, dummodo non sit illicita*, (1) ut contra propriam confessionem suscepta. *l.2. C. Quor. appell. non rec.* CARPZOV. *Proc. t.18. art.2. num 20.* (2) Absentis ad agendam causam vocati, & per contumaciam condemnati. *l.1. C. h. t.* BACH *V.2. D.33. th.3. l. d. &c. verb. contumaces j.* CARPZOV. *c. l. num.35. seq.* ita nec admittuntur ad provocationem condemnati in sententia, super desertione appellationis lata *cap 5. x. de Appell.* BERL. *P. 1. Concl.50. num.195.* CARPZOV. *P.1. C.20.*

*d.*14. (3) ab executione ex re judicata, vel Instrumento liquido, nisi in ea excedatur. *l.*5. *C. Quor. appell. non rec. id. Proc. t* 18. *a.*2. *n.*17. ZIEGL. *ad. Inst. Jur. Can. l.*3. *t.*16. *verb. Excedatur*. (4) In processu inquisitorio, secundum CARPZOV. *Pr. Cr. P.*3. *q.*139. *num.*14. *id. add. c.*29. *d.*29.

L. 49 ff. t. 9. An per alium caus. appell. reddi possunt. t. 10. Si Tutor vel Curator vel magistratus creatus appel. t. 11. Eum qui appellaverit in Provincia defendi. t. 12. Apud eum a quo appell. al. caus. ag. compell. 13. Si pendente Appellatione mors intervenerit.

IV. JUDICI Appellationis factae rationes in causis pecuniariis, etiam per Procuratorem, reddi possunt. *l.*1. *l.*2. *ff. h. t.* Caeterum si ad munera publica nominati appellaverint, nec causas probaverint, ad periculum eorum pertinet damnum, quod per moram Appellationis Reipublicae accidit. *l.*1. *ff. h. t.* qui vero Appellationis causa peregrinantur, tanquam Reipublicae, causa absentes, in aliis suis causis defendendi sunt. *l.*1. *l.*2. *ff. h. t.* non tamen impedit Appellatio, quo minus appellans in alia causa eundem Judicem, pendente Appellatione habeat. *l. un. ff. h. t.* praecipue si Judex sit ordinarius, *c.*6. *X. de Appell.* ZIEGL. *ad Inst. Jur. Canon. l.*3. *t.*17. §.16. *verb in illa*. At Appellatore defuncto sine herede, appellatio evanescit, quod si appellatori heres exstiterit, siquidem tertii alicujus interest, causas appellationis reddi, non alias, appellationem peragere cogendus est. *l. un. ff. h. t. Jure Saxonico* ab extrajudicialibus gravaminibus non, nisi iis exceptive propositis, rejectisque conceditur appellatio. *v. Churfürstl. Appellation-Ordnung Tit. von Appellationen §. sonderlich* Conf. ZIEGL. *d. Tr. l.*3. *t.*17. §.47.

L. 40. ff. t. 7. Nihil innovari appell. interposit.

V. PRINCIPALIS *Appellationis* interpositae *Effectus est, quod eadem pendente nihil est innovandum*, *l. un. ff. h. t. l.*3. *C. de Appellat.* si secus factum est, dicitur attentatum, & ante omnia est revocandum. *c.*7. *de Appellat. in* 6. aliquando ex officio. GAIL. *l.*1. *Obs.*146. *n.*5. 6. *&* 7. sive fiat a Judice, qui ex spolio quoque ad restitutionem tenetur CARPZOV. *Proc. t.*18. *art.*6. *num.*11. sive a partibus *dd. LL.* quod aeque appellatione interposita, ante factam inhibitionem, ac post eam affirmat MEV. *P.*4. *Dec.*382. in appellatione ab interlocutoria vero limitat ZIEGLER. *Inst. Jur. Canon. l.*3. *t.*17. §. 17. *verb. A definitiva*.

L. 50. ff. t. 16. De Verbor. significatione. t. 17. De diversis Regulis Juris antiqui.

VI. TITULOS de Verborum significatione & regulis Juris passim peculiari commentario illustratos videmus: Utrumque Titulum *brevissime* recenset WESENB. *C. ff. latius* Titulum de Verborum significatione tractat ANDREAS ALCIATUS, JOH. BRECHA, ARNOLD. CORVINUS, CAMILL. GALLINIUS, JOH. GOEDDEUS, JOH. SUEVIUS, JOH. JACOB. WISSENBACH. Titulum de Regulis Juris EVERH. BRONCHORST, JACOB. CUJACIUS, JOH. EICHELIUS, PETR. FABER. JACOB. GOTHOFREDUS, WILHELM. LUDWEL, PHIL. MATTHAEI, JOH. NOLDENIUS, JOH. STRAUCH, PETR. MÜLLERUS, JOH. JAC. WISSENB. STURCIUS, CHRISTOPH. GÜNTZELIUS.

* * *

INDEX

# INDEX
## RERUM ET VERBORUM

PRIOR NUMERUS GERMANUS PAGINAM; POSTERIOR ROMANUS APHORISMUM SEU STRUVIANUM SEU MENCKENIANUM ET LITTERA NOTAM SCHAUMBURGIANAM DENOTAT.

&c

*Bodmeria*

Commu-

do

*Dominium*,

# I N D E X



*Forni-*

# I N D E X



vel

modi

*Mortuus*:

Quæna

*Retorsio*

Sponsa

# INDEX GENERALIS
## CONTINENS
## OMNES TITULOS DIGESTORUM ALPHABETICE RECENSITOS,
## ET AD UTRUMQUE AUTOREM RELATOS.
### IN QUO

*Numerus prior Librum, posterior Titulum Pandectarum, vox Jpr. Jurispudentiam, vox Addit. Additiones Menckenianas denotat.*

### A.

# INDEX



De

Q.

## G E N E R A L I S.



## F I N I S.